

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجَمّاعِيلِيّ الدِّمَشْقِيّ الصَّالِحِيّ الحَنْبَلِيّ
٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

بالتعاون مع
مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية
بدار هجر

الجزء الرابع

الوصايا - الفرائض - العتق - النكاح - الصداق
الخلع - الطلاق - الرجعة - الإيلاء - الظهار - اللعان

هجر
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى

١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة


الكافي



بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الوَصايا[1]

الوَصِيَّةُ هى التَّبَرُّعُ بعدَ الموتِ .

وهى مُسْتَحَبَّةٌ لِمَن تَرَك خَيْرًا ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « إنَّ اللَّهَ تَعالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيادَةً فِى حَسَنَاتِكُمْ » . رَواه ابنُ ماجه[2] . وليست واجِبَةً ؛ لأنَّها عَطِيَّةٌ لا تَجِبُ فى الحَياةِ ، فلا تجبُ بعدَ المَوْتِ ، كالزَّائدِ على الثُّلُثِ . وحُكِىَ عن أبى بكرٍ أنَّها واجِبَةٌ للأقارِبِ غيرِ الوَارِثِينَ ؛ لظاهِرِ قَوْلِه تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ ﴾[3] .

والمُسْتَحَبُّ[4] الإيصَاءُ بالخُمُسِ . وقال القاضى وأبو الخَطَّابِ : يُسْتَحَبُّ لِمَن كَثُر مالُه الوَصِيَّةُ بالثُّلُثِ ؛ لِمَا ذكَرْنا مِن الحَدِيثِ . ووَجْهُ ما

---

(١) من هنا يبدأ المجلد الثانى من نسخة مكتبة السعودية بالرياض (ف) .

(٢) فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٤.

كما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٦٩. كلاهما بلفظ « أعمالكم » بدلا من « حسناتكم » .

وبهذا اللفظ أخرجه الدارقطنى فى : سننه ٤/ ١٥٠. وفيه زيادة : « ليجعلها لكم زكاة فى أعمالكم » .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٤١. مقتصرا على أوله .

(٣) سورة البقرة ١٨٠.

(٤) بعده فى م : « فيها » .

ذكَرْنا ما رَوَى[1] عامرُ بنُ سَعْدٍ، عن أبيه، قال: مَرِضْتُ مَرَضًا أَشْفَيْتُ منه على المَوْتِ، فأَتَانِى رسولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُنِى، فقلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، لى مَالٌ كثيرٌ، وليس يَرِثُنِى إلَّا ابْنَتِى[2]، أَفَأُوصِى بمَالِى كُلِّه؟ قال: «لا». قلتُ: فَبِالثُّلُثَيْنِ؟ قال: «لا». قلتُ: فبِالشَّطْرِ؟ قال: «لا». قلتُ: فبِالثُّلُثِ؟ قال: «الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ، إنَّكَ أن تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِياءَ خَيْرٌ مِن أن تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ». مُتَّفَقٌ عليه[3]. يعْنى يَطْلُبون مِن[4] الناسِ بأَكُفِّهم. فاسْتَكْثَرَ[5] الثُّلُثَ، مع إخْبارِه إيَّاه بكَثْرَةِ مَالِه وقِلَّةِ عِيَالِه. قال ابنُ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما: وَدِدْتُ لو أنَّ الناسَ غَضُّوا مِن الثُّلُثِ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ: «والثُّلُثُ كَثِيرٌ». مُتَّفَقٌ عليه[6]. وأَوْصَى أبو بكرٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، بالخُمُسِ، وقال: رَضِيتُ لنَفْسِى بما رَضِىَ اللَّهُ به لنَفْسِه. وقال علىٌّ: لأنْ أُوصِىَ بالخُمُسِ أَحَبُّ إلَىَّ مِن أن أُوصِىَ بالثُّلُثِ[7]. وأمّا قليلُ المالِ ذُو العِيَالِ، فلا تُسْتَحَبُّ له الوَصِيَّةُ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «إنَّكَ أَن تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِن أن تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ».

---

(١) بعده فى ف: «ابن».

(٢) فى الأصل: «ابنة لى»، وفى ف: «بنتى».

(٣) تقدم تخريجه فى ٢/ ٢١٧، ٢١٨.

(٤) سقط من: م.

(٥) فى س ٢: «فاستكبر».

(٦) انظر تخريجه فى الحديث المتقدم.

(٧) أخرجهما عبد الرزاق، فى: المصنف ٩/ ٦٦، ٦٧.

فصل : ويُسْتَحَبُّ لِمَن رَأَى مُوصِيًا يَحِيفُ[1] فى وَصِيَّتِه أن يَنْهاه ؛ لنَهْيِ النبيِّ ﷺ سَعْدًا عن الزِّيادَةِ على الثُّلُثِ . وقال بعضُ أهلِ التَّفْسِيرِ فى قَوْلِه تعالى : ﴿ وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ ﴾[2] . هو أن يَرَى المريضَ يَحِيفُ[3] على وَلَدِه ، فيقولَ له : اتَّقِ اللَّهَ ، ولا تُوصِ بمالِكَ كُلِّه .

فصل : ولا يجوزُ لِمَن له وارِثٌ الوَصِيَّةُ بزِيَادَةٍ على الثُّلُثِ ؛ لنَهْيِ النبيِّ ﷺ سَعْدًا ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، عن ذلك . فإن فَعَل ، [٢٣٧ظ] وَقَف الزَّائِدُ عن[4] الثُّلُثِ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ فإن أجازُوه ، جاز ، وإن رَدُّوه بَطَل ، بغيرِ خِلَافٍ ؛ لأنَّ الحقَّ لهم ، فجاز بإجازَتِهم ، وبَطَل برَدِّهم . وظاهِرُ المذهبِ أنَّ الوَصِيَّةَ[5] صَحِيحَةٌ ، وإجازَةَ الوَرَثَةِ تَنْفِيذٌ ؛ لأنَّ الإجازَةَ تَنْفِيذٌ فى الحَقِيقَةِ ، ولا خِلافَ فى تَسْمِيَتِها إجازَةً . فعلى هذا ، يُكْتَفَى فيها بقَوْلِه : أجَزْتُ . وما يُؤَدِّى مَعْناه . وإن كانَتْ عِتْقًا ، فالوَلَاءُ للمُوصِى يَخْتَصُّ به عَصَباتُه . وقال بعضُ أصْحابِنا : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ، والإجازَةُ هِبَةٌ تَفْتَقِرُ إلى لَفْظِها ، ووَلَاءُ المُعْتَقِينَ لجميعِ الوَرَثَةِ . وللمُجِيزِ إذا كانَ أبًا للمُوصَى له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عنها ، والنَّهْىُ يَقْتَضِى الفَسادَ ، ولأنَّه أَوْصَى بمَالِ غيرِه ، فلم يَصِحَّ ، كالوَصِيَّةِ بما اسْتَقَرَّ مِلْكُ وارِثِه عليه . ولا

---

(١) فى س ٢، ف : « يجنف » .

(٢) سورة النساء ٩.

(٣) فى ف : « يجنف » .

(٤) فى م : « على » .

(٥) فى م : « الإجازة » .

يُعْتَبَرُ الرَّدُّ والإجازَةُ إلَّا بعدَ المَوْتِ ؛ لأنَّه لا حَقَّ للوارِثِ قبلَ المَوْتِ ، فلم يَصِحَّ إسْقَاطُه ، كإسْقَاطِ الشُّفْعَةِ قبلَ البَيْعِ .

فأمَّا مَن لا وارِثَ له ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، تجوزُ وَصِيَّتُه بمَالِه كُلِّه ؛ لأنَّ النَّهْىَ مُعَلَّلٌ بالإضْرَارِ بالوارِثِ[1] ؛ لقولِه ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ »[2] . والثانيةُ ، الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأَنَّ مَالَه يَصِيرُ للمُسْلِمين ، ولا مُجِيزَ منهم .

فصل : فإن أوْصَى بجُزْءٍ مِن المالِ ، فأجاز[3] الوارِثُ ، ثم قال : إنَّما أجَزْتُها ظَنًّا مِنِّى أنَّ المالَ قليلٌ . قُبِلَ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مَجْهولٌ فى حقِّه ، فلم تصِحَّ الإجازَةُ فيه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن قَوْلٍ يَلْزَمُه به حَقٌّ ، فلم يُقْبَلْ ، كالرُّجُوعِ عن الإقْرَارِ . وإن وَصَّى بعَبْدٍ فأجازَه ، ثم قال : ظَنَنْتُ المالَ كثيرًا ، فأَجَزْتُه لذلك . ففيه أيضًا وَجْهان . وقيل : يَصِحُّ[4] هـٰهُنا[5] وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ العَبْدَ مَعْلُومٌ .

فصل : ويُعْتَبَرُ خُرُوجه مِن الثُّلُثِ وَقْتَ[6] المَوْتِ ؛ لأنَّه وَقْتُ لُزومِ الوَصِيَّةِ واسْتِحْقَاقِها . فلو وَصَّى بثُلُثِ مَالِه ، وله أَلْفَانِ ، فصارَ عندَ المَوْتِ

---

(١) فى م : « بالورثة » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢/ ٢١٧، ٢١٨.

(٣) فى م : « فأجازها » .

(٤) فى الأصل : « لا يصح » .

(٥) سقط من : م .

(٦) فى م : « بعد » .

ثَلاثَةَ آلافٍ ، لَزِمَتِ الوَصِيَّةُ فى الألْفِ . وإن نَقَصَتْ فصارَتْ أَلْفًا ، لَزِمَتِ الوَصِيَّةُ فى ثُلُثِ الألْفِ . وإن وَصَّى ولا مالَ له ، ثم اسْتَفادَ مالًا ، تعَلَّقَتِ الوَصِيَّةُ به . وإن كان له مالٌ ، ثم تَلِفَ بعضُه بعدَ المَوْتِ ، لم تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ .



بابُ مَن تَصِحُّ وَصِيَّتُه والوَصِيَّةُ له ومَن لا تصِحُّ

مَن ثَبَتَتْ له الخِلافَةُ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه بها؛ لأنَّ أبا بكرٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، أوْصَى بها لعُمَرَ[(١)]، رَضِىَ اللَّهُ عنه. ووَصَّى عُمَرُ إلى أهْلِ الشُّورَى[(٢)]. ولم يُنْكِرْه مِن الصَّحابَةِ مُنْكِرٌ.

ومَن ثَبَتَتْ له الوِلايَةُ على مالِ وَلَدِه، فله أن يُوصِىَ إلى مَن يَنْظُرُ فيه؛ لِما رَوَى سُفْيَانُ بنُ عُيَيْنَةَ، عن هشامِ بنِ عُرْوَةَ، قال: أوْصَى إلى الزُّبَيْرِ سَبْعَةٌ[(٣)] مِن أصْحَابِ [٢٣٨و] رسولِ اللَّهِ ﷺ؛ منهم عثمانُ، والمِقْدَادُ، وعبدُ الرحمنِ بنُ عَوْفٍ، وابنُ مسعودٍ، فكانَ يَحْفَظُ عليهم أمْوالَهم، ويُنْفِقُ على أبْنَائِهم مِن مَالِه[(٤)].

---

(١) أخرجه ابن سعد، فى: الطبقات ٣/ ١٩٦. والطبرانى، فى: المعجم الكبير ١/ ١٣.
وانظر صحيح البخارى ٩/ ١٠٠. صحيح مسلم ٣/ ١٤٥٤، ١٤٥٥. سنن أبى داود ٢/ ١٢٠. عارضة الأحوذى ٩/ ٧٠. المسند ١/ ١٣، ٤٣، ٤٦، ٤٧.

(٢) تقدم تخريجه فى ١/ ٣٨٥.

(٣) فى م: «تسعة».

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: المصنف ١١/ ١٩٨. وابن أبى عاصم، فى: الآحاد والمثانى ١/ ١٧٤. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ٢٨٢. وعند ابن أبى عاصم والبيهقى عن هشام بن عروة عن أبيه. =

وللوَلِيِّ فى النِّكاحِ الوَصِيَّةُ بتَزْوِيجِ مُوَلِّيَتِه ، فيقُومُ وَصِيُّه مَقامَه ؛ لأنَّها وِلايَةٌ شَرْعِيَّةٌ ، فمَلَكَ الوَصِيَّةَ بها ، كوِلَايَةِ المالِ . وعنه ، ليس له الوَصِيَّةُ بذلك ؛ لأنَّها وِلايَةٌ لها مَن يَسْتَحِقُّها بالشَّرْعِ ، فلم يَمْلِكْ نَقْلَها بالوَصِيَّةِ ، كالحَضَانَةِ . وقال ابنُ حامِدٍ : إن كان لها عَصَبَةٌ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ بها ؛ لذلك ، وإن لم يكنْ ، صَحَّت ؛ لعدَمِه .

فصل : ومَن عليه حَقٌّ تَدْخُلُه النِّيابَةُ ؛ كالدَّيْنِ ، والحَجِّ ، والزَّكاةِ ، ورَدِّ الوَدِيعَةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ لأنَّه إذا جاز أن يُوصِيَ فى حقِّ غيرِه ، ففى حقِّ نَفْسِه أَوْلَى . ويجوزُ أن يُوصِيَ إلى مَن يُفرِّقُ ثُلُثَه فى المَساكِينِ وأبْوابِ البِرِّ ؛ لذلك .

فصل : ومَن صَحَّ تصرُّفُه فى المالِ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّها نَوْعُ تَصَرُّفٍ . ومَن لا تَمْيِيزَ له ؛ كالطِّفْلِ ، والمجْنُونِ ، والمُبَرْسَمِ ، ومَن عايَنَ المَوْتَ ، لا تَصِحُّ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّه لا قولَ له ، والوَصِيَّةُ قولٌ . وتَصِحُّ وَصِيَّةُ البالغِ المُبَذِّرِ ؛ لأنَّه إنَّما حُجِرَ عليه لحِفْظِ مالِه له ، وليس فى وَصِيَّتِه إضَاعَةٌ له ؛ لأنَّه إن عاش ، فهو له ، وإن مات ، لم يَحْتجْ إلى غيرِ الثَّوابِ ، وقد حَصَّله . وتَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ ؛ لذلك ، ولأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أجاز وَصِيَّةَ غُلَامٍ مِن غَسَّانَ[1] . وقالَ أبو بكرٍ :

= وبزيادة : فكان يحفظ عليهم أموالهم ..... عزاه الحافظ إلى الحميدى فى النوادر . الإصابة ٢/ ٥٥٦. وانظر : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٠٦، ١٠٧.

(١) أخرجه الدارمى ، فى : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/ ٤٢٤. ومالك ، فى : باب جواز وصية الصغير ...، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/ ٧٦٢. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ١٢٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٨٢.

مَن[1] جاوَزَ العَشْرَ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه، [2]رِوايَةً واحِدَةً، ومَن دُونَ السَّبْعِ، لا تَصِحُّ وَصِيَّتُه، ومَن بينَهما، ففيه رِوايَتانِ. ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ بحالٍ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ تصَرُّفُه، أشْبَهَ الطِّفْلَ. فأمَّا السَّكْرانُ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّتُه؛ لأنَّه لا تَمْيِيزَ له[2]. ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ؛ بِنَاءً على طَلاقِه.

فصل: ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بمَعْصِيَةٍ؛ كالوَصِيَّةِ للكَنِيسَةِ، وبالسِّلاحِ لأهلِ الحربِ؛ لأنَّ ذلك لا يجوزُ في الحَياةِ، فلا يجوزُ في المَماتِ.

وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ للذِّمِّيِّ؛ لِما رُوِيَ أنَّ صَفِيَّةَ زَوْجَ النبيِّ ﷺ أوْصَتْ لأخِيها [3]بثُلُثِ مائةِ[3] ألفٍ، وكان يَهُودِيًّا[4]. ولأنَّه يجوزُ التَّصَدُّقُ عليه في الحَياةِ، فجازَ بعدَ المَماتِ[5]. وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ للحَرْبِيِّ؛ لذلك. ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ الوَقْفُ عليه.

فصل: ولا تجوزُ الوَصِيَّةُ لوارِثٍ؛ لِما رُوِيَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[6]. وهذا حديثٌ صحيحٌ. فإن فَعَلَ صَحَّتْ في ظاهِرِ

---

(١) في م: «إذا».

(٢ - ٢) سقط من: الأصل.

(٣) في ف، م: «بثلاثمائة».

(٤) أخرجه سعيد بن منصور، في: سننه ١/ ١٢٨. وانظر ما أخرجه الدارمي، في: سننه ٢/ ٤٢٧. وعبد الرزاق، في: المصنف ١٠/ ٣٤٩، ٣٥٣. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٦/ ٢٨١.

(٥) في الأصل: «الموت».

(٦) أخرجه أبو داود، في: باب ما جاء في الوصية للوراث، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢/ ١٠٣. والترمذي، في: باب ما جاء لا وصية لوارث، من أبواب الوصايا. عارضة =

المذْهبِ ، ووَقَفتْ على إجازَةِ الوَرَثةِ ؛ لِما روَى ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَجُوزُ لِوَارِثٍ وَصِيَّةٌ ، إلَّا أَنْ يَشَاءَ الوَرَثَةُ »[1] . فيَدُلُّ على أنَّهم إذا شاءُوا ، كانَتْ وَصِيَّةً جائزةً . وقال بعضُ أصحابِنا : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . فإن وَصَّى لغيرِ وارِثٍ ، فصارَ عندَ المَوْتِ وارِثًا ، لم تَلْزَمِ الوَصِيَّةُ . وإن وَصَّى لوارِثٍ ، فصارَ غيرَ وارِثٍ ، لَزِمَتِ الوَصِيَّةُ[2] ؛ لأنَّ اعْتِبَارَ الوَصِيَّةِ بالموتِ .

فصل : ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لمَن لا يَمْلِكُ ؛ كالمَيِّتِ ، والمَلَكِ ، والجِنِّىِّ ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ[3] ، فلم يَصِحَّ لهم ، كالهِبَةِ . وإن وَصَّى لحَمْلِ امْرَأةٍ ، ثم تَيَقَّنَّا وُجُودَه حالَ الوَصِيَّةِ ؛ بأَن تضَعَه لأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ أوْصَى ، [٢٣٨ظ] أو لدُونِ أرْبَعِ سِنِينَ ، وليست بفِرَاشٍ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ[4] بالإرْثِ ، فمَلَكَ بالوَصِيَّةِ ، كالمَوْلُودِ . وإن وضَعَتْه لسِتَّةِ أشْهُرٍ فصاعِدًا وهى

= الأحوذى ٨/ ٢٧٥، ٢٧٨. والنسائى ، فى : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/ ٢٠٧. وابن ماجه ، فى : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٥، ٩٠٦. والدارمى ، فى : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/ ٤١٩. والإمام أحمد ، فى المسند ٤/ ١٨٦، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٥/ ٢٦٧.

(١) أخرجه الدارقطنى ، فى : السنن ٤/ ١٥٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٦٣، ٢٦٤. وضعفه فى الإرواء ٦/ ٩٦، ٩٧.

(٢) بعده فى س ٢: « له » .

(٣) بعده فى الأصل : « من الحى » ، وفى س ٢: « ما لحى » .

(٤) فى م : « ملك » .

فِرَاشٌ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه لا يُتَيَقَّنُ وُجُودُه حالَ الوَصِيَّةِ . وإن أَلْقَتْه مَيِّتًا ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ له ؛ لأنَّه لا يَرِثُ . وإن وَصَّى (1)لِما تَحْمِلُ(1) هذه المرأةُ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه(2) تَمْلِيكٌ لمن لا يَمْلِكُ .

وإن قال : وَصَّيْتُ لأحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ لغيرِ مُعَيَّنٍ . وإن قال : أَعْطُوا هذا العَبْدَ لأحَدِ هذَيْنِ . صَحَّ ؛ لأنَّه ليس بتَمْلِيكٍ ، إنَّما هو وَصِيَّةٌ بالتَّمْلِيكِ ، فجازَ ، كما لو قال لوَكِيلِه : بِعْ هذا العَبْدَ مِن أحَدِ هَذَيْنِ .

فصل : وإن وَصَّى لعَبْدِه بمُعَيَّنٍ مِن مالِه ، أو بمائَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يَصِيرُ مِلْكًا للوَرَثةِ ، فيَمْلِكُونَ وَصِيَّتَه . وحُكِيَ عنه أنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ ، (3)فيُشْتَرَى العَبْدُ مِن الوَصِيَّةِ ، فيَعْتِقُ ، وما بَقِيَ فهو له(3) . وإن وَصَّى له بنَفْسِه ، صَحَّ وعَتَقَ . وإن وَصَّى له بمُشَاعٍ ، كثُلُثِ مَالِه ، صَحَّ ، وتعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فيه ؛ لأنَّه ثُلُثُ المالِ ، أو مِن ثُلُثِه . وما فَضَل مِن الثُّلُثِ بعدَ عِتْقِه ، فهو له .

وإن وَصَّى لمُكاتَبِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ المالَ بالعُقُودِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، كالحُرِّ(4) . وإن وَصَّى لأُمِّ وَلَدِه ، صَحَّ ؛ لأنَّها حُرَّةٌ عندَ الاسْتِحْقَاقِ .

(1 - 1) فى ف : « لمن يحمل » .

(2) بعده فى ف : « لا » .

(3 - 3) سقط من : ف ، م .

(4) فى ف : « كالجزء » .

وإن وَصَّى لمُدَبَّرِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه إمَّا أن يَعْتِقَ كلُّه أو بعضُه ، فيَمْلِكَ بجُزْئِه الحُرِّ .

وإن وَصَّى لعبدِ غيرِه ، كانَتِ الوَصِيَّةُ لمَوْلَاه ؛ لأنَّه اكْتِسَابٌ مِن العَبْدِ ، فأشْبَهَ الصَّيْدَ . ويُعْتَبَرُ القَبُولُ مِن العَبْدِ ، فإن قَبِلَ السَّيِّدُ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الإيجابَ لغيرِه ، فلم يَصِحَّ قَبُولُه ، كالإيجابِ فى البيعِ .

بابُ ما تجوزُ به الوَصِيَّةُ

تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بكُلِّ ما يُمْكِنُ نَقْلُ المِلْكِ فيه؛ مِن مَقْسُومٍ ومُشَاعٍ، ومَعْلُومٍ ومَجْهُولٍ؛ لأَنَّه تَمْلِيكُ جُزْءٍ مِن مالِه، فجاز فى ذلك، كالبيعِ. وتجوزُ بالحَمْلِ فى البَطْنِ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ، وعَبْدٍ من عَبِيدِه، وبما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه؛ كالطَّيْرِ فى الهواءِ، والآبِقِ؛ لأَنَّ المُوصَى له يَخْلُفُ المُوصِيَ فى المُوصَى به كخِلَافَةِ الوَرَثَةِ فى باقِى المالِ، والوارِثُ يَخْلُفُه فى هذه الأشياءِ[1]، كذلك المُوصَى له. وإن وَصَّى بمالِ الكِتَابَةِ، صَحَّ؛ لذلك. وإن وَصَّى[2] برَقَبَةِ المُكاتَبِ، انْبَنَى على جَوازِ بَيْعِه، فإن جاز، جازَتِ الوَصِيَّةُ به، وإلَّا فلا. وإن وَصَّى[3] له بما تَحْمِلُ جارِيَتُه، أو شَاتُه، أو شَجَرَتُه، صَحَّ؛ لأَنَّ المَعْدُومَ يجوزُ أن يُمْلَكَ بالسَّلَمِ والمُسَاقَاةِ، فجاز أن يُمْلَكَ بالوَصِيَّةِ.

فصل: وتجوزُ الوَصِيَّةُ بالمَنافِعِ؛ لأَنَّها كالأَعْيَانِ فى المِلْكِ بالعَقْدِ والإِرْثِ، فكذلك فى الوَصِيَّةِ. وتجوزُ[4] بالعَيْنِ دُونَ المَنْفَعَةِ، وبالعَيْنِ

---

(١) بعده فى م: «كلها».
(٢) فى الأصل: «أوصى».
(٣) فى ف: «أوصى».
(٤) بعده فى م: «الوصية».

لرَجُلٍ والمَنْفَعَةِ لآخَرَ ؛ لأنَّهما كالعَيْنَيْنِ ، فجازَ فيهما ما جاز فى العَيْنَيْنِ . وتجوزُ بمَنْفَعَةٍ مُقَدَّرَةِ المُدَّةِ ومُؤَبَّدَةٍ ؛ لأنَّ المُقَدَّرَ كالعَيْنِ المَعْلُومَةِ ، والمُؤَبَّدَةَ كالمَجْهُولَةِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ بالجميعِ .

فصل : [٢٣٩و] وتجوزُ الوَصِيَّةُ بما يجوزُ الانْتِفَاعُ به مِن النَّجاسَاتِ ؛ كالكَلْبِ ، والزَّيْتِ النَّجِسِ ؛ لأنَّه يجوزُ اقْتِنَاؤُه للانْتِفَاعِ ، فجاز نَقْلُ اليَدِ فيه بالوَصِيَّةِ . ولا تجوزُ بما لا يَحِلُّ الانْتِفاعُ به ؛ كالخَمْرِ ، والخِنْزِيرِ ، والكَلْبِ الذى يَحْرُمُ اقْتِنَاؤُه ؛ لأنَّه لا يَحِلُّ الانْتِفاعُ به ، فلا تُقَرُّ اليَدُ عليه .

فصل : ويجوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ فى الحياةِ ؛ لأنَّها تجوزُ فى المَجْهُولِ ، فجازَ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، كالطَّلاقِ . ويجوزُ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ (١ بعدَ الموتِ ١) ؛ لأنَّ ما بعدَ الموتِ فى الوَصِيَّةِ كحالِ الحياةِ . فإن قال : وَصَّيْتُ لك بثُلُثِى ، فإن قَدِمَ زَيْدٌ ، فهو له . فقَدِمَ زَيْدٌ فى حَياةِ المُوصِى ، فهو له . وإنْ قَدِمَ بعدَ مَوْتِه ، فقال القاضى : الوَصِيَّةُ للأوَّلِ ؛ (٢ لأنَّه اسْتَحَقَّها ٢) بمَوْتِ المُوصِى ، فلم تَنْتَقِلْ عنه . ويَحْتَمِلُ أنَّها للثانى ؛ لأنَّه جَعَلَها له بقُدومِه ، وقد وُجِدَ .

فصل : وإذا كانتِ الوصيَّةُ لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كالفُقَراءِ ، أو لمَن لا يُعْتَبَرُ قَبُولُه ، كسَبِيلِ اللَّهِ ، لَزِمَتْ بالمَوْتِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ القَبُولِ ، فسقَطَ اعْتِبارُه . وإن كانَتْ لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، لم تَلْزَمْ إلَّا بالقَبُولِ ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ ،

(١ - ١) فى س ٢ : « بالموت » .

(٢ - ٢) فى ف : « لأنها استحقت » .

فأشْبَهَتِ الصَّدَقَةَ. ولا يَصِحُّ القَبُولُ إلَّا بعدَ المَوْتِ؛ لأنَّ الإيجابَ لِما بعدَه، فكان القَبُولُ بعدَه. فإذا قَبِلَ، ثَبَت له المِلْكُ حِينَئِذٍ؛ لأنَّ القَبُولَ يَتِمُّ به السَّبَبُ، فلم يَثْبُتِ المِلْكُ قبلَه، كالهِبَةِ. ويَحْتَمِلُ أنَّه مَوْقُوفٌ، إن قَبِلَ تَبَيَّنَّا[1] أنَّه مَلَك مِن حينِ المَوْتِ؛ لأنَّ ما وَجَب انْتِقالُه بالقَبُولِ، وَجَب انْتِقالُه من جِهَةِ المُوجِبِ بالإيجابِ، كالبيعِ والهِبَةِ. والمذهبُ الأوَّلُ. فما حَدَث [2]في الوَصِيَّةِ[2] من نَماءٍ مُنْفَصِلٍ قبلَ القَبُولِ، فهو للوارِثِ. وإن وَصَّى لرجلٍ بزَوْجَتِه، فأَوْلَدَها قبلَ القَبُولِ، فوَلَدُه رَقِيقٌ للوارِثِ. وعلى الاحْتِمالِ الثانى، يكونُ النَّماءُ للمُوصَى له، ووَلَدُه حُرٌّ.

فصل: وإن رَدَّ الوَصِيَّةَ فى حياةِ المُوصِى، لم يَصِحَّ الرَّدُّ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فى الحَياةِ، فلم يَمْلِكْ إسْقاطَه، كالشَّفِيعِ قبلَ البَيْعِ[3]. وإن رَدَّها بعدَ المَوْتِ قبلَ القَبُولِ، صَحَّ؛ لأنَّ الحقَّ ثَبَت له، فمَلَك إسْقاطَه، كالشَّفِيعِ بعدَ البَيْعِ. وإن رَدَّ بعدَ القَبُولِ، لم يَصِحَّ الرَّدُّ؛ لأنَّه مَلَك مِلْكًا تامًّا، فلم يَصِحَّ رَدُّه، كالعَفْوِ عن الشُّفْعَةِ بعدَ الأَخْذِ بها. فإن لم يَقْبَلْ ولم يَرُدَّ، فللوَرَثَةِ مُطالَبَتُه بأحَدِهما، فإنِ امْتَنعَ، حكَمْنا عليه بالرَّدِّ؛ لأنَّ المِلْكَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَه وبينَ الوَرَثَةِ، فأشْبَهَ مَن تحَجَّر مَوَاتًا وامْتَنَع مِن إحْيَائِه، أو وَقَف فى مَشْرَعَةِ ماءٍ يَمْنَعُ غيرَه ولا يأْخُذُ.

فصل: وإن ماتَ المُوصَى له قبلَ مَوْتِ المُوصِى، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّه

---

(١) فى ف: «ثبتنا»، وفى م: «بيننا».

(٢ - ٢) سقط من: م.

(٣) فى ف: «المبيع».

مات قبلَ اسْتِحْقَاقِها ، فإن ماتَ بعدَه قبلَ القَبُولِ ، فكذلك فى قِيَاسِ المَذْهبِ ، واخْتِيَارِ ابنِ حامِدٍ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فبَطَل بالمَوْتِ قبلَ القَبُولِ ، كالهِبَةِ والبيعِ . وقال الخِرَقِىُّ : يقُومُ الوارِثُ مَقامَ المُوصَى له فى القَبُولِ والرَّدِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ مِن أحَدِ طَرَفَيْه ، فلم يَبْطُلْ بمَوْتِ مَن له الخِيَارُ ، [٢٣٩ظ] كعَقْدِ الرَّهْنِ . فإذا قَبِل الوارِثُ ، ثَبَت المِلْكُ له ، فلو وَصَّى لرَجُلٍ بأبيه[(١)] ، فماتَ المُوصَى له قبلَ القَبُولِ ، فقَبِلَ ابْنُه ، وقُلْنا بِصحَّةِ ذلك ، وأنَّ[(٢)] المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى المُوصَى له بمَوْتِ المُوصِى ، [(٣)]وَرِثَ المُوصَى[(٣)] به مِن ابْنِه[(٤)] السُّدُسَ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا[(٥)] أنَّه كانَ حُرًّا . وإن قُلْنا : لا يَنْتَقِلُ إلَّا بالقَبُولِ . لم يَرِثْ شيئًا ؛ لأنَّه كانَ رَقِيقًا .

---

(١) فى الأصل : « بابنه » ، وفى س ٢، ف : « بآنية » .

(٢) بعده فى س ٢: « قلنا » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « أبيه » .

(٥) فى ف : « ثبتنا » .

بابُ ما يُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ

ما وَصَّى به مِن التَّبَرُّعاتِ ؛ كالهِبَةِ ، والوَقْفِ ، والعِتْقِ ، والمُحابَاةِ ، اعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ ، سَوَاءٌ كانتِ الوَصِيَّةُ فى الصِّحَّةِ أو المَرَضِ ؛ لأنَّ لُزومَ الجَميعِ بعدَ الموتِ . وعنه ، أنَّ الوَصِيَّةَ فى الصِّحَّةِ مِن رَأْسِ المالِ . والأوَّلُ أصَحُّ .

فأمَّا الواجِبَاتُ ؛ كقَضَاءِ الدَّيْنِ ، والحَجِّ ، والزَّكاةِ ، فمِن رأسِ المالِ ؛ لأنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ بعدَ أداءِ الدَّيْنِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾ [1] . وقال علىٌّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه : إنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بالدَّيْنِ [2] قبلَ الوَصِيَّةِ . روَاه التِّرمِذِىُّ [3] . والواجِبُ لحَقِّ اللَّهِ بمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « دَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أنْ يُقْضَى » [4] . فإن وَصَّى بها

---

(١) سورة النساء ١١.

(٢) فى الأصل، س ٢، م : « أن الدين » .

(٣) فى : باب ما جاء فى ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفى : باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٤٦، ٢٧٩. وابن ماجه ، فى : باب الدين قبل الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٧٩، ١٣١، ١٤٤.

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب من مات وعليه صوم ....، من كتاب الصوم . صحيح البخارى ٣/ ٤٦. ومسلم ، فى : باب قضاء الصيام عن الميت ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٢/ ٨٤٠. وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى من مات وعليه صيام ....، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبى داود ٢/ ٢١٢. والنسائى ، فى : باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين ، من كتاب المناسك . المجتبى ٥/ ٨٩.

مُطْلَقًا ، أو مِن رَأْسِ مَالِه ، فهى مِن رَأْسِ مالِه . فإن قال : أَخْرِجُوها مِن ثُلُثِي . أُخْرِجَتْ مِن الثُّلُثِ ، وتُمِّمَتْ[1] مِن رَأْسِ المالِ . فإن كانَ معها وَصِيَّةٌ بتَبَرُّعٍ[2] ، فقال القاضى : يُبْدَأُ بالواجِبِ ، فإن فَضَل عنه مِن الثُّلُثِ شىءٌ ، فهو للمُوصَى له بالتَّبَرُّعِ ، وإن لم يَفْضُلْ شىءٌ ، سَقَط ، إلَّا أن يُجِيزَ الوَرَثَةُ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْسَمَ الثُّلُثُ بينَ الوَصِيَّيْنِ[3] بالحِصَّةِ ، فما بَقِىَ مِن الواجِبِ ، تُمِّمَ مِن الثُّلُثَيْنِ ، فيَدْخُله الدَّوْرُ[4] ، ويحْتَاجُ إلى العَمَلِ بطَرِيقِ الجَبْرِ ، فنَفْرِضُ المَسْأَلَةَ فى مَن وَصَّى بقَضاءِ دَيْنِه ؛ وهو عَشَرَةٌ ، ووَصَّى لآخَرَ بعَشَرَةٍ ، وتَرِكَتُه ثَلاثُونَ ، فاجْعَلْ تَتِمَّةَ الواجِبِ شيئًا ، ثم خُذْ ثُلُثَ الباقِي ؛ وهو عَشَرَةٌ إلَّا ثُلُثَ شىءٍ ، اقْسِمْها بينَ الوَصِيَّيْنِ نِصْفَيْنِ[5] ، فحَصَل لقَضاءِ الدَّيْنِ خَمْسَةٌ إلَّا سُدُسَ شىءٍ ، إذا أَضَفْتَ إليها الشىءَ المأْخُوذَ ، كانَ عَشَرَةً ، فاجْبُرِ الخَمْسَةَ مِن الشىءِ بسُدُسِه ، يَبْقَى خَمْسَةُ دَنانِيرَ وخَمْسَةُ أَسْدَاسِ شىءٍ تَعْدِلُ عَشَرَةً ، فالشىءُ سِتَّةٌ ، وحَصَل لصاحِبِ الوَصِيَّةِ الأُخْرَى أَرْبَعَةٌ .

فصل : فأمَّا عَطِيَّتُه فى صِحَّتِه[6] ، فمِن رأْسِ مَالِه ؛ لأنَّه مُطْلَقٌ فى التَّصَرُّفِ فى مَالِه ، لا حَقَّ لأحَدٍ فيه . وإن كان فى مَرَضٍ غيرِ مَخُوفٍ ،

---

(١) فى ف : « وتمت » .

(٢) سقط من : س ٢، وفى ف : « تبرع » .

(٣) فى الأصل : « الوصيتين » .

(٤) الدور : توقف الشىء على ما يتوقف عليه . التعريفات ٤٧.

(٥) سقط من : م .

(٦) فى ف : « الصحة » .

فكذلك ؛ لأنَّه فى حُكْمِ الصَّحيحِ . وإن كانَ مَخُوفًا اتَّصَل به المَوْتُ ، فعَطِيَّتُه مِن الثُّلُثِ ؛ لِما روَى عِمْرَانُ[1] بنُ حُصَيْنٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ رَجُلًا أعْتَق سِتَّةَ أعْبُدٍ له عندَ مَوْتِه ، لم يكنْ له مالٌ غيرُهم ، فبلَغَ ذلك رسولَ اللَّهِ ﷺ ، فدَعاهم ، [٢٤٠و] فجَزَّأَهم ثلاثَةَ أجْزَاءٍ ، فأَقْرَع بَيْنَهم ، فأعْتَق اثْنَيْنِ ، وأَرَقَّ أرْبَعَةً ، وقال له قولًا شديدًا . رَواه مسلمٌ[2] . ولأنَّه فى هذه الحالِ لا يَأْمَنُ المَوْتَ ، فجُعِل كحالِ المَوْتِ . فإن بَرَأَ ثم مَرِضَ ومات ، فهو مِن رأْسِ المالِ ؛ لأنَّه ليس بمَرَضِ المَوْتِ . وإن وَهَب ما يُعْتَبَرُ قَبْضُه وهو صحيحٌ ، وأَقْبَضَه وهو مَرِيضٌ ، اعْتُبِر مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه لم يَلْزَمْ إلَّا بالقَبْضِ الذى وُجِدَ فى المَرَضِ .

فصل : والمَرَضُ المَخُوفُ ؛ كالطَّاعُونِ ، والقُولَنْجِ[3] ، والرُّعَافِ الدَّائمِ ، والإسْهَالِ المُتَواتِرِ ، والحُمَّى المُطْبِقَةِ ، وقِيَامِ الدَّمِ ، والسُّلِّ فى انْتِهائِه ، والفَالِجِ[4] فى ابْتِدائِه ، ونحوِها . وغيرُ المَخُوفِ ؛ كالجَرَبِ ، ووَجَعِ

---

(١) فى الأصل : « عمر » .

(٢) فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣/ ١٢٨٨ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من أعتق عبيدًا له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٥٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٢١ ، ١٢٢ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من يحيف فى وصيته ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤/ ٥١ ، ٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٥ ، ٧٨٦ . والإمام مالك ، فى : باب من أعتق رقيقًا لا يملك مالا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/ ٧٤٤ مرسلا . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٤٢٦ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ - ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

(٣) القولنج : مرض معوى مؤلم يصعب معه خروج الريح والبراز ، وسببه التهاب القولون .

(٤) الفالج : شلل يصيب أحد شقى الجسم طولا .

الضِّرْسِ ، والصُّداعِ اليَسِيرِ ، والحُمَّى اليَسِيرَةِ ، والإسْهَالِ اليَسِيرِ مِن غيرِ دَمٍ ، والسُّلِّ قبلَ تَناهِيه ، والفَالِجِ إذا طال . فأمَّا الأمْراضُ المُمْتَدَّةُ ، فإن أُضْنِيَ صاحِبُها على فِرَاشِه ، فهى مَخُوفَةٌ ، وإلَّا فلا . وقال أبو بكرٍ : فيها وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها مَخُوفَةٌ على كلِّ حالٍ . وإن أشْكَلَ شىءٌ مِن هذه الأمْراضِ ، رُجِعَ إلى قَوْلِ عَدْلَيْنِ من أهْلِ الطِّبِّ ؛ لأنَّهم أهْلُ الخِبْرَةِ به .

فصل : وإذا ضَرَب الحامِلَ الطَّلْقُ ، فهو مَخُوفٌ ؛ لأنَّه مِن أسْبَابِ التَّلَفِ ، وما قبلَ سِتَّةِ أشْهُرٍ فهى فى حُكْمِ الصَّحيحِ . فإذا صار لها سِتَّةُ أشْهُرٍ ، فقال الخِرَقِىُّ : عَطِيَّتُها مِن الثُّلْثِ ؛ لأنَّه وَقْتٌ لخُرُوجِ الوَلَدِ ، وهو مِن أسْبَابِ التَّلَفِ . وقال غيرُه : هى كالصَّحِيحِ ؛ لأنَّه لا مَرضَ بها . وإنْ وَضَعَتِ الوَلَدَ وبَقِيَتْ معها المَشِيمَةُ ، أو حَصَل مَرَضٌ ، أو ضَرَبَانٌ ، فهو مَخُوفٌ ، وإلَّا فلا .

ومَن كان بينَ الصَّفَّيْنِ حالَ الْتِحَامِ الحَرْبِ ، أو فى البَحْرِ فى هيَجانِه ، أو أسِيرَ قَوْمٍ عادَتُهم قَتْلُ الأَسْرَى ، أو قُدِّمَ للقَتْلِ ، أو حُبِس له ، أو وَقَع الطَّاعُونُ ببَلَدِه ، فعَطِيَّتُه مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه يخافُ المَوْتَ خَوْفَ المَرِيضِ وأكثرَ ، فكان مِثْلَه فى عَطِيَّتِه . قال أبو بكرٍ : وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ عَطاياهم مِن جميعِ المالِ ؛ لأنَّه لا مَرَضَ بهم .

فصل : فأمَّا بَيْعُ المَرِيضِ بثَمَنِ المِثْلِ ، و[1] تَزْوِيجُه بمَهْرِ المِثْلِ ، فلازِمٌ مِن جَمِيعِ المالِ ؛ لأنَّه ليس بوَصِيَّةٍ ، إنَّما الوَصِيَّةُ التَّبَرُّعُ ، وليس هذا تَبَرُّعًا . وإن

(١) فى الأصل : « أو » .

حَابَى فى ذلك ، اعْتُبِرَتِ المُحَابَاةُ مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّها تَبَرُّعٌ . وإن كاتَب عَبْدَه ، اعْتُبِرَ[1] مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ ما يأْخُذُه عِوَضًا مِن كَسْبِ عَبْدِه ، وهو مالٌ له ، فصار كالعِتْقِ بغيرِ عِوَضٍ . وإن وُهِب له مَن يَعْتِقُ عليه ، فقَبِله ، عَتَق مِن المالِ كُلِّه ؛ لأنَّه لم يُخْرِجْ مِن مَالِه شيئًا بغيرِ عِوَضٍ . وإن مات ، وَرِثَه ؛ لأنَّه ليس بوَصِيَّةٍ .

فصل : فإن عَجز الثُّلُثُ[2] عن التَّبَرُّعَاتِ ، قُدِّمَتِ العَطَايا على الوَصَايا ؛ لأنَّها أسْبَقُ ، فإن عَجَز الثُّلُثُ عن العَطايا ، بُدِئَ بالأَوَّلِ فالأَوَّلِ ، عِتْقًا كان أو غيرَه ؛ لأنَّ السابِقَ [٢٤٠ظ] اسْتَحَقَّ الثُّلُثَ ، فلم يَسْقُطْ بما بعدَه . وإن وقَعَتْ دَفْعَةً واحِدَةً ، تَحَاصُّوا فى الثُّلُثِ ، وأُدْخِل النَّقْصُ على كُلِّ واحدٍ بقَدْرِ عَطِيَّتِه ؛ لأنَّهم تَساوَوْا فى الحقِّ ، فقُسِم بينَهم ، كالمِيرَاثِ . وعنه ، أنَّ العِتْقَ يُقَدَّمُ ؛ لأنَّه آكَدُ ، لكَوْنِه مَبْنِيًّا على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ . فإن كان العِتْقُ لأكْثَرَ مِن واحِدٍ ، أُقْرِع بينَهم فكمَل العِتْقُ فى بعضِهم ؛ لحديثِ عِمْرَانَ[3] ، ولأنَّ القَصْدَ تَكْمِيلُ الأحْكَامِ فى العَبْدِ ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بذلك . فإن قال : إن أعْتَقْتُ سالِمًا ، فغانمٌ حُرٌّ . ثم أعْتَق سالِمًا ، قُدِّم على غانمٍ ؛ لأنَّ عِتْقَه أسْبَقُ . وإن قال : إن أعْتَقْتُ سالِمًا ، فغَانمٌ حُرٌّ[4] مع حُرِّيَّتِه . فكذلك ؛ لأنَّنا لو أعْتَقْنا غانِمًا بالقُرْعَةِ ، لَرَقَّ سالِمٌ ، ثم بَطَل عِتْقُ غانمٍ ؛ لأنَّه

---

(١) فى م : « اعتبرت » .

(٢) سقط من : س ٢.

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣.

(٤) سقط من : الأصل .

مَشْرُوطٌ بعِتْقِ سالِمٍ ، فَيُفْضِى عِتْقُه إلى نَفْيِ[1] عِتْقِه .

وإن كانَتِ التَّبرُّعاتُ وَصَايا ، سُوِّىَ بينَ المُتَقَدِّمِ[2] والمُتَأخِّرِ ؛ لأنَّها تُوجَدُ عَقِيبَ مَوْتِه دَفْعَةً واحِدَةً ، فتَساوَتْ كُلُّها .

فصل : [3]وإذا عَتَقَ[3] بعضُ العَبْدِ[4] بالقُرْعَةِ ، تَبَيَّنَّا أنَّه كانَ حُرًّا مِن حينِ الإعْتَاقِ ، فيكونُ كَسْبُه له . وإن عَتَق بعضُه ، مَلَكَ مِن كَسْبِه بقَدْرِه . فلو أعْتَق عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، قِيمَتُه مِائةٌ ، فكَسَب فى حَياةِ سَيِّدِه مِائةً ، عَتَق نِصْفُه ، وله نِصْفُ كَسْبِه ، ويَحْصُلُ للوَرَثَةِ نِصْفُه ، ونِصْفُ كَسْبِه ، وذلك مِثْلَا ما عَتَق منه . وطَرِيقُ عَمَلِها أن تقولَ : عتَقَ منه شىءٌ ، وله مِن كَسْبِه شىءٌ ، وللوَرَثَةِ شَيْئان . فَيُقْسَمُ العَبْدُ وكَسْبُه على أرْبَعَةِ أشْيَاءَ ، فيَخْرُجُ للشىءِ خَمْسُونَ ، وهو نِصْفُ العَبْدِ . ولو كَسَب مِثْلَىْ قِيمَتِه ، لقُلْتَ : عَتَق منه شىءٌ ، وله مِن كَسْبِه شَيْئانِ ، وللوَرَثَةِ شَيْئانِ ، فيَعْتِقُ منه ثلاثةُ أخْمَاسِه ، وله ثَلاثَةُ أخْمَاسِ كَسْبِه ، وللوَرَثَةِ الخُمُسَانِ .

فصل : وإن وَهَب المَرِيضُ مَرِيضًا عَبْدًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ لا يَمْلِكُ غيرَه ، ثم وَهَبَه الثانى للأَوَّلِ ، ولا يَمْلِكُ غيرَه ، فقد صَحَّتْ[5] هِبَةُ الأَوَّلِ فى شىءٍ ، وصَحَّتْ هِبَةُ الثانى فى ثُلُثِ ذلك الشىءِ ، بَقِىَ له [6]ثُلُثَا شىءٍ[6] ، ولوَرَثَةِ

---

(١) فى م : « بطلان » .

(٢) فى س ٢ : « المقدم » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « وإن أعتق » .

(٤) فى الأصل ، س ٢ : « العبيد » .

(٥) بعده فى س ٢ : « منه » .

(٦ - ٦) فى الأصل : « الثلثان » .

الأوَّلِ شَيْئانِ ، ابْسُطِ الجميعَ أثْلاثًا ، تكنْ ثَمانيَةً ، والشيءُ ثلاثَةٌ ، فلوَرَثَةِ الأوَّلِ سِتَّةٌ هى ثلاثَةُ أرْباعِ العَبْدِ ، ولوَرَثَةِ الثانى رُبُعُه .

فصل : ولو تزوَّج المَرِيضُ امْرأَةً صَداقُ مِثْلِها خمْسَةٌ ، فأصْدَقَها عَشَرَةً لا يَمْلِكُ غيرَها ، فماتَتْ قبلَه ، ثم ماتَ ، فقد صَحَّ لها بالصَّداقِ خَمْسَةٌ وشىءٌ ، وعادَ إلى الزَّوْجِ نِصْفُ ذلك ، دِينَارَانِ ونِصْفٌ ، ونِصْفُ شىءٍ ، فصارَ لوَرَثَتِه سَبْعَةٌ ونِصْفٌ ، إلَّا نِصْفَ شىءٍ ، تَعْدِلُ[1] شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْها بنِصْفِ شىءٍ ، تَصِرْ شَيْئانِ ونِصْفٌ ، تَعْدِلُ سبْعَةً ونِصْفًا[2] ، ابْسُطْها ، تَصِرْ خَمْسَةً ، تَعْدِلُ خَمْسَةَ عَشَرَ . فالشىءُ إذًا ثَلاثَةٌ ، فلوَرَثَةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ ، ولوَرَثَتِها أرْبَعَةٌ .

فصل : وإن باعَ المَرِيضُ عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، قِيمَتُه ثَلاثُون [٢٤١و] بعَشَرَةٍ ، فأَسْقِطِ الثَّمَنَ مِن قِيمَتِه ، ثم انْسِبْ ثُلُثَ العَبْدِ كُلِّه[3] إلى الباقِى مِن ثَمَنِه ، يكنْ نِصْفَه ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى نِصْفِه بنِصْفِ ثَمَنِه . ولو اشْتَراه بخَمْسَةَ عَشَرَ ، كانَتْ نِسْبَةُ الثُّلُثِ إلى باقِيه بثُلُثَيْنِ ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى ثُلُثَيْه[4] بثُلُثَىْ ثَمَنِه .

فصل : ومَن وَصَّى لرجلٍ بثُلُثِ مالِه ، ومنه حاضِرٌ وغائِبٌ ، وعَيْنٌ ودَيْنٌ ، فللمُوصَى له ثُلُثُ العَيْنِ الحاضِرَةِ ، وللوَرَثَةِ ثُلُثاها ، فكُلَّما اقْتُضِىَ

---

(١) فى الأصل : « فعدل » ، وفى ف : « يعدل » .

(٢) فى م : « ونصفان » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « ثلثه » ، وبعده فى الأصل : « و » .

مِن الدَّيْنِ شيءٌ ، أو حَضَر مِن الغائبِ شيءٌ ، اقْتَسَمُوه أَثْلَاثًا ؛ لأَنَّهم شُرَكاءُ فيه . وإن وَصَّى بمائةٍ حاضِرَةٍ ، وله مائتَانِ غائِبَةٌ ، أو دَيْنٌ ، مَلَك المُوصَى له ثُلُثَ الحاضِرَةِ ، وله التَّصَرُّفُ فيه في الحالِ ؛ لأَنَّ الوَصِيَّةَ فيه نافِذَةٌ ، فلا فائِدَةَ في وَقْفِه ، ووُقِفَ ثُلُثَاهَا ، فكُلَّما حَضَر مِن الغائبِ شيءٌ أخَذَه الوارِثُ ، واسْتَحَقَّ المُوصَى له مِن الحاضِرَةِ قَدْرَ ثُلُثِه . وإن تَلِفَتِ الغائِبَةُ ، فالثُّلُثَانِ للوَرَثَةِ ، وكذلك لو دَبَّر عَبْدَه وماتَ ، وله دَيْنٌ مِثْلَاه ، عَتَق ثُلُثُه ، وَوُقِفَ ثُلُثَاه ؛ لِما ذَكَرْناه .

فصل : وإن وَصَّى له بمَنْفَعَةِ عَبْدٍ سَنَةً ، ففي اعْتِبَارِها مِن الثُّلُثِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، تُقَوَّمُ المَنْفَعَةُ سَنَةً ، ويُقَوَّمُ العَبْدُ مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ سَنَةً على الوَارِثِ . والثاني ، يُقَوَّمَ العَبْدُ كامِلَ المَنْفَعَةِ ، ويُقَوَّمُ مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ سَنَةً ، فيُعْتَبَرُ ما بينَهما . وإن وَصَّى بنَفْعِه حَياتَه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُقَوَّمُ العبدُ بمَنْفَعَتِه ، ثم يُقَوَّمُ مَسْلُوبَ المَنْفَعَةِ ، فما زادَ على قِيمَةِ الرَّقَبَةِ المُنْفَرِدَةِ ، فهو قِيمَةُ المَنْفَعَةِ . والثاني ، يُقَوَّمُ العَبْدُ بمَنْفَعَتِه على المُوصَى له ؛ لأَنَّ عَبْدًا لا نَفْعَ فيه لا قِيمَةَ له . وإن وَصَّى لرَجُلٍ بنَفْعِه ولآخَرَ برَقَبَتِه ، اعْتُبِرَ خُرُوجُ العَبْدِ بمَنْفَعَتِه مِن الثُّلُثِ ، وَجْهًا واحدًا . وإن وَصَّى له بثَمَرَةِ شَجَرَةٍ أبدًا ، ففي التَّقْوِيمِ الوَجْهان ؛ لِما ذَكَرْناه .

بابُ الموصَى له

إذا وَصَّى[1] لجيرانِه، صُرِف إلى أرْبَعِينَ دارًا مِن كُلِّ جانِبٍ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «الجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا، هكَذَا، وهكَذَا، وهكَذَا، وهكَذَا»[2].

وإن أوْصَى للعُلَماءِ، فهو للعُلَماءِ بالشَّرْعِ[3] دُونَ غيرِهم؛ لأنَّه لا يُطْلَقُ هذا الاسْمُ على غيرِهم، ولا يَسْتَحِقُّ مَن يَسْمَعُ الحديثَ ولا مَعْرِفَةَ له به؛ لأنَّ مُجَرَّدَ سَماعِه ليس بعِلْمٍ.

وإن أوْصَى للأيْتَامِ، فهو لِمَن لا أبَ له غيرُ بالِغٍ؛ لأنَّ اليُتْمَ فَقْدُ الأبِ مع الصِّغَرِ، ولذلك قال النبيُّ ﷺ: «لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ». روَاه أبو داودَ[4]. ويَدْخُلُ فيه الغَنِيُّ والفَقِيرُ؛ لشُمُولِ الاسْمِ لهم.

والأرامِلُ النِّسَاءُ غيرُ ذَوَاتِ الأَزْوَاجِ؛ لأنَّ الاسْمَ لا يُطْلَقُ فى العُرْفِ على غَيْرِهِنَّ، وتَسْتَحِقُّ منه الغَنِيَّةُ والفَقِيرَةُ؛ [٢٤١ظ] لذلك. فإن قيلَ: فقد

---

(١) فى ف، م: «أوصى».

(٢) أخرجه أبو يعلى، فى: مسنده ١٠/ ٣٨٥. والحديث طرقه ضعيفة. انظر: السلسلة الضعيفة ١/٤٤٣ - ٤٤٦.

(٣) فى الأصل: «فى الشرع»، وفى س ٢: «فى بالشرع».

(٤) فى: باب ما جاء متى ينقطع اليتم، من كتاب الوصايا. سنن أبى داود ٢/ ١٠٤.

قال الشاعِرُ[1] :

هذى الأَرامِلُ قد قَضَّيْتَ حَاجَتَهَا فمَن لحاجَةِ هذا الأَرْمَلِ الذَّكَرِ؟

فسَمَّى الذَّكَرَ أرْمَلًا . قُلْنا : هذا البَيْتُ حُجَّةٌ لنا ، فإنَّه لم يُدْخِلِ الذُّكورَ في لَفْظِ الأرامِلِ ، إذ لو دخَلُوا لكانَ الضَّمِيرُ ضَمِيرَ الذُّكُورِ ، فإنَّه متى اجْتَمَعَ[2] المُذَكَّرُ والمُؤنَّثُ ، غُلِّبَ ضَمِيرُ التَّذْكيرِ[3] ، وإنَّما سَمَّى نفْسَه أرْمَلًا تَجَوُّزًا ، ولذلك[4] وصَفَه بكَوْنِه ذَكَرًا .

والعُزَّابُ مَن لا [5]أَزْوَاجَ لهم[5] مِن الرِّجالِ والنِّساءِ . يُقَالُ : رَجُلٌ عَزَبٌ ، وامْرَأَةٌ عَزَبَةٌ . والأَيَامَى مِثْلُ العُزَّابِ سَواءً . قال الشاعِرُ[6] :

فإن تَنْكِحِى أَنْكِحْ وإن تَتَأَيَّمِى وإن كُنْتُ أَفْتَى مِنْكُمُ أَتَأَيَّمُ

ويَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ العُزَّابُ بالرِّجَالِ ، والأَيامَى بالنِّسَاءِ ؛ لأَنَّ الاسْمَ في العُرْفِ لهم دُونَ غيرِهم ، ولأنَّه لو كانَ الأَيِّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهما لاحْتِيجَ إلى الفَرْقِ بهاءِ التَّأْنِيثِ ، كقائمٍ وقائمةٍ ، فلمَّا أُطْلِقَ على المُؤَنَّثِ بغيرِها ، دَلَّ على اخْتِصَاصِها به ، كطالِقٍ وحائضٍ وشِبْهِهما .

---

(١) البيت لجرير ، فى اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا فى معجم مقاييس اللغة ٢/ ٤٤٢. وليس فى ديوان جرير .

(٢) بعده فى م : « ضمير » .

(٣) فى ف : « المذكر » .

(٤) فى م : « كذلك » .

(٥ - ٥) فى ف : « زوج له » .

(٦) البيت فى اللسان والتاج (أ ى م) .
وعجز البيت فى اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحى أتأيم » ، وفى التاج : « أبد الدهر » .

فصل: والغِلْمَانُ والصِّبْيَانُ الذُّكُورُ مِمَّن لم[1] يبْلُغْ ؛ لأَنَّ الاسْمَ فى العُرْفِ لهم دُونَ غيرِهم . والفِتْيَانُ والشُّبَّانُ[2] اسْمٌ للبالِغينَ إلى الثَّلاثِينَ . والكُهُولُ مَن جازَ[3] ذلك إلى الخَمْسِينَ . وقيلَ فى قَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ تُكَلِّمُ ٱلنَّاسَ فِي ٱلْمَهْدِ وَكَهْلًا ﴾[4] : هو ابنُ ثَلاثِينَ . والشُّيُوخُ مَن جازَ[5] الخَمْسِينَ إلى آخِرِ العُمُرِ . والعَانِسُ مِن الرِّجالِ والنِّساءِ الذى[6] كَبِرَ ولم يَتزَوَّجْ . قال[7] قَيْسُ بنُ رِفَاعَةَ الوَاقِفِيُّ[8] :

فِينَا الَّذِى مَا عَدَا أَنْ طَرَّ شَارِبُهُ   والعَانِسُونَ وَفِينَا المُرْدُ والشِّيبُ[9]

فصل: ومَن وَصَّى لصِنْفٍ مِن أَصْنَافِ الزَّكاةِ ، صُرِف إلى مَن يَسْتَحِقُّ الزَّكاةَ مِن ذلك الصِّنْفِ ، ويُعْطَى مِن الوَصِيَّةِ والوَقْفِ حَسَبَ ما يُعْطَى مِن الزَّكاةِ ، إلَّا الفُقَراءَ والمَساكِينَ ، فإنَّه إذا أَوْصَى لأَحَدِ الصِّنْفَيْنِ ، دَخَل

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى س ٢، ف : « الشباب » .

(٣) فى م : « جاوز » .

(٤) سورة المائدة ١١٠ .

(٥) فى م : « جاوز » .

(٦) فى م : « من » .

(٧) بعده فى ف : « ابن » .

(٨) فى الأصل : « الغافقى » .

وانظر ترجمته فى الإصابة ٥/٤٦٨ .

(٩) عزاه إلى قيس بن رفاعة صاحب سمط اللآلئ ١/٥٦، ٢/٧٠٢. وكذا ابن منظور فى اللسان (ع ن س) ، وهو فيهما هكذا :

منا الذى هو ما إن طر شاربه   والعانسون ومنا المرد والشيب .

الآخَرُ فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّهما صِنْفَانِ فى الزَّكاةِ ، وصِنْفٌ فى سائرِ الأحْكامِ ؛ لشُمُولِ الاسْمِ للقِسْمَيْنِ .

وإن وَصَّى لأَقارِبِه ، أو أهْلِ قَرْيَتِه ، لم يَدْخُلِ الكافِرُ فى الوَصِيَّةِ إذا كانَ المُوصِى مُسْلِمًا ؛ لأنَّهم لم يدْخُلُوا فى وَصِيَّةِ اللَّهِ تعالى للأَوْلَادِ بالمِيرَاثِ . وإن كان المُوصِى كافِرًا ، لم يدْخُلِ المُسْلِمُ فى وَصِيَّتِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لذلك . ويدْخُلُ فى الآخَرِ ؛ لعُمُومِ اللَّفْظِ فيه ، وكَوْنِه أحَقَّ بالوَصِيَّةِ له مِن الكافِرِ .

فصل : وإن وَصَّى[1] لحَمْلِ امْرَأةٍ ، فوَلَدَتْ ذَكَرًا أو أُنْثَى ، فهما سَواءٌ ؛ لأنَّه عَطِيَّةٌ ، فاسْتَوَى فيها الذَّكَرُ والأُنْثَى ، كالهِبَةِ . وإن قال : إن وَلَدْتِ ذَكَرًا ، فله ألفٌ ، وإن ولَدْتِ أُنْثَى ، [٢٤٢و] فلها مائةٌ . فوَلَدَتْ ذكَرًا وأُنْثَى ، فلكلِّ واحِدٍ[2] ما عَيَّنَ له . وإن وَلَدَتْ خُنْثَى ، فله مِائةٌ ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، ويُوقَفُ الباقِى حتى يتَبَيَّنَ . وإن ولَدَتْ ذَكَرينِ وأُنْثَيَيْنِ ، شُرِّك بينَ الذَّكَرَيْنِ فى الألْفِ ، وبينَ الأُنْثَيَيْنِ فى المِائَةِ ؛ لأنَّه ليس أحدُهما أوْلَى مِن الآخَرِ . ولو قال : إن كان ما فى بَطْنِكِ ذَكَرًا ، فله ألْفٌ ، وإن كان أُنْثَى ، فله مِائةٌ . فوَلَدَتْ ذكَرًا وأُنْثَى ، فلا شىءَ لواحِدٍ منهما ؛ لأنَّه شَرَط أن يكونَ جميعُ ما فى البَطْنِ على هذه الصِّفَةِ ، ولم تُوجَدْ .

فصل : ومتى كانَتِ الوَصِيَّةُ لجَمْعٍ يُمْكِنُ اسْتِيعَابُهم ، لَزِمَ اسْتِيعابُهم

---

(١) فى الأصل : « أوصى » .

(٢) بعده فى م : « منهما » .

والتَّسْوِيَةُ بينَهم؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ، فأشْبَهَ ما لو أَقَرَّ لهم. وإن لم يُمْكِنِ اسْتِيعَابُهم، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لهم، وجاز الاقْتِصَارُ على واحدٍ؛ لأنَّه لمَّا أوْصَى لهم عالِمًا بتَعَذُّرِ اسْتِيعَابِهم، عُلِمَ أنَّه لم يُرِدْ ذلك، إنَّما أرادَ أن لا يتَجاوَزَهم بالوَصِيَّةِ، ويَحْصُلُ ذلك بالدَّفْعِ إلى واحدٍ منهم. ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْزِئَ الدَّفْعُ إلى أقَلَّ مِن ثَلاثَةٍ؛ بِنَاءً على قَوْلِنا فى الزَّكاةِ. ويجوزُ تَفْضِيلُ بعضِهم على بعضٍ؛ لأنَّ مَن جازَ حِرْمانُه، جازَ تَفْضِيلُ غيرِه عليه، سَواءٌ كانَتِ الوَصِيَّةُ لقَبِيلَةٍ، أو أهْلِ بَلْدَةٍ، أو لمَوْصُوفِينَ بصِفَةٍ، كالمَساكِينِ.

فصل: وإن وَصَّى لزيدٍ والمَساكِينِ، فلزيدٍ النِّصْفُ، وللمَساكِينِ النِّصْفُ؛ لأنَّه جَعَلها لجِهَتَيْنِ، فوَجَبَ قَسْمُها نِصْفَيْنِ، كما لو وَصَّى لزَيْدٍ وعَمْرٍو. وإن وَصَّى لزَيْدٍ والفُقَراءِ والمَساكِينِ، فلزَيْدٍ الثُّلُثُ؛ لذلك. وإن وَصَّى لزَيْدٍ بدِينَارٍ، وللفُقَراءِ بثَلاثَةٍ، وزَيْدٌ فَقِيرٌ، لم يُعْطَ غيرَ الدِّينَارِ؛ لأنَّه قَطَع الاجْتِهَادَ فى الدَّفْعِ إليه بتَقْدِيرِ حَقِّه بدِينَارٍ.

فصل: وإن قال له: ضَعْ ثُلُثِى حيث يُرِيك اللَّهُ. لم يَمْلِكْ أخْذَه لنَفْسِه؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ ملكَه بالإذْنِ، فلم يَمْلِكْ صَرْفَه إلى نَفْسِه، كالبَيْعِ، ولا إلى وَلَدِه، ولا إلى والِدِه؛ لأنَّه بمَنْزِلَتِه، ولهذا مُنِعَ مِن قَبُولِ شَهادَتِه له. ويَحْتَمِلُ جَوازَ ذلك؛ لعُمومِ لَفْظِ المُوصِى فيهم، وله وَضْعُها حيث أراه اللَّهُ. والمُسْتَحَبُّ صَرْفُها إلى فُقَراءِ أقارِبِ المَيِّتِ ممَّن لا يَرِثُه؛ لأنَّهم أَوْلَى الناسِ بوَصِيَّةِ المَيِّتِ وصدَقَتِه. ونَقَل المَرُّوذِىُّ عن أحمدَ، فى مَن وَصَّى بثُلُثِه فى أبْوَابِ البِرِّ: يُجَزَّأُ ثَلاثَةَ أَجْزَاءٍ؛ جزءًا[1] فى الجِهَادِ، وجُزْءًا يُتَصَدَّقُ به

---

(١) سقط من: م.

في قَرابَتِه(١) ، وجُزْءًا في الحَجِّ . ويَحْتَمِلُ أن يُصْرَفَ في أَبْوابِ البِرِّ كُلِّها ، وهي كلُّ ما فيه قُرْبَةٌ ؛ لأنَّ لَفْظَه عامٌّ ، ولا (٢نَعْلَمُ قَرِينَةً٢) مُخَصِّصَةً ، فوَجَبَ إبْقَاؤُه على العُمُومِ .

فصل : إذا وَصَّى بشيءٍ للَّهِ ولزَيْدٍ ، فجَمِيعُه لزَيْدٍ ؛ لأنَّ ذِكْرَ اللَّهِ تعالى للتَّبَرُّكِ باسْمِه ، كقولِه سبحانه : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾(٣) . وإن وَصَّى بشيءٍ لزَيْدٍ ولِمَن لا يَمْلِكُ ؛ كجِبْرِيلَ ، والرِّياحِ ، والمَيِّتِ ، فالمُوصَى به كلُّه لزَيْدٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّ له نِصْفَ المُوصَى به ؛ لأنَّه شَرَّكَ(٤) بينَه وبينَ غيرِه ، فلم يكنْ له أكْثَرُ مِن النِّصْفِ ، كما لو كانَ شَرِيكُه [٢٤٢ظ] ممَّنْ يَمْلِكُ . وإن وَصَّى لزَيْدٍ وعَمْرٍو ، فبَانَ أحدُهما مَيِّتًا ، فليس للآخَرِ(٥) إلَّا نِصْفُ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه قاصِدٌ للتَّشْرِيكِ بينَهما ، لاعْتِقادِه حَياتَهما .

---

(١) في ف : « أقاربه » .

(٢ - ٢) في ف : « يعلم قربة » .

(٣) سورة الأنفال ٤١ .

(٤) في م : « شريك » .

(٥) في الأصل ، س ٢ ، م : « لأحدهما » .

بابُ الوَصِيَّةِ بالأنْصِباءِ

إذا أوْصَى لرجلٍ بسَهْمٍ مِن مالِه، فحَكَى[1] الخِرَقِيُّ فيها رِوايَتَيْنِ؛ إحْداهما، للمُوصَى له السُّدُسُ؛ لأنَّه يُرْوَى عن ابنِ مَسْعُودٍ، رَضِيَ اللَّهُ عنه، أنَّ رَجُلًا أَوْصَى لرَجُلٍ بسَهْمٍ مِن مَالِه، فأَعْطَاه النبيُّ ﷺ سُدُسَ المالِ[2]. وقال إيَاسُ بنُ مُعَاوِيَةَ[3]: السَّهْمُ فى كَلامِ العَرَبِ السُّدُسُ[4]. فإن كان الوَرَثَةُ عَصَبَةً، أُعْطِيَ سُدُسَ جميعِ المالِ، والباقِي للعَصَبَةِ، وإن كانوا ذَوِى فَرْضٍ، أُعِيلَتِ[5] المَسْأَلَةُ بالسُّدُسِ، فيَصِيرُ له السُّبُعُ، وإن أُعِيلَتِ[5] الفَرِيضَةُ، أُعِيلَ[6] سَهْمُه أيضًا؛ لأنَّه ليس بأحْسَنَ حالًا مِن الوارِثِ. والثانيةُ، يُعْطَى سَهْمًا ممَّا تَصِحُّ منه الفَرِيضَةُ مُزَادًا عليها؛ لأنَّ وَصِيَّتَه مِن

---

(١) بعده فى م: «فيها».

(٢) أخرجه الطبرانى، فى: المعجم الأوسط ٩/ ١٥٥. والبزار، انظر: كشف الأستار ٢/ ١٣٩. وفى إسنادهما العرزمى وهو ضعيف.

كما أخرجه ابن أبى شيبة، فى المصنف ١١/ ١٧١. موقوفا على ابن مسعود.

(٣) إياس بن معاوية بن قرة أبو واثلة المزنى، العلامة قاضى البصرة، تابعى ثقة فقيه، كان يضرب به المثل فى الذكاء والدهاء والسؤدد والعقل، توفى سنة إحدى وعشرين ومائة. سير أعلام النبلاء ٥/ ١٥٥. تهذيب التهذيب ١/ ٣٩٠، ٣٩١.

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: المصنف ١١/ ١٧١، ١٧٢.

(٥) فى ف: «اعتلت» والعول: أن يزيد حساب الفريضة، وتزيد سهامها، فتنقص الأنصباء.

(٦) فى ف: «اعتل».

الفَرِيضَةِ ، فيكونُ سَهْمًا مِن[1] سُهْمَانِها . قال القاضي : ويُشْتَرَطُ أن لا يَزِيدَ على السُّدُسِ[2] ، فإن زادَ عليه ، رُدَّ إلى السُّدُسِ . واخْتَارَ الخَلَّالُ وصاحِبُه أنَّه يُعْطَى أَقَلَّ سَهْمٍ مِن سِهَامِ الوَرَثَةِ ، فيكونُ ذلك بمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ بنَصِيبِ وارِثٍ .

فصل : وإن وَصَّى له بنَصِيبٍ ، أو حَظٍّ ، أو جُزْءٍ مِن مَالِه ، أَعْطاه الوَرَثَةُ ما شاءُوا ؛ لأنَّ كُلَّ شيءٍ يقَعُ عليه اسْمُ ذلك .

فصل : وإن وَصَّى له بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِ وَرَثَتِه ، أُعْطِيَ مِثْلَ ما لأَقَلِّهم نَصِيبًا ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، يُزَادُ ذلك على مَسأَلَةِ الوَرَثَةِ . فإن كان له ابْنٌ ، فله النِّصْفُ ؛ لأنَّه سَوَّى بينَهما ، ولا تَحْصُلُ التَّسْوِيَةُ إلَّا بذلك . وإن كان له ابْنانِ[3] ، فللمُوصَى له الثُّلُثُ . وإن وَصَّى بنَصِيبِ أحَدِهما ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ، ويكونُ ذلك كِنايَةً عن مِثْلِ نَصِيبِه بتَقْدِيرِ حَذْفِ المُضَافِ وإقامَةِ المُضَافِ إليه مُقامَه . والثاني ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ نَصِيبَ الابْنِ له ، فلا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به ، كما لو وَصَّى بمالِه مِن غيرِ المِيرَاثِ . وإن وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِه الكافِرِ ، أو الرَّقِيقِ ، فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّه وَصَّى بمِثْلِ نَصِيبِ مَن لا نَصِيبَ له .

فصل : وإن وَصَّى له بضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِه ، فله مِثْلُ نَصِيبِه مَرَّتَيْنِ ؛ لأنَّ ضِعْفَ الشيءِ مِثْلَاه . وإن وَصَّى له بضِعْفَىْ نَصِيبِ ابْنِه ، فقال أصْحابُنا :

---

(١) في م : « على » .

(٢) في الأصل ، م : « الثلث » .

(٣) في ف : « اثنان » .

له ثَلاثَةُ أمْثَالِه، وثلاثَةُ أضْعَافِه[١] أرْبَعةُ أمْثَالِه؛ لأنَّ ضِعْفَ الشيءِ هو ومِثْلُه، وضِعْفاه هو ومِثْلَاه. وقال ذلك أبو عُبَيْدَةَ[٢]. واخْتِيارِى أنَّ ضِعْفَي الشيءِ مِثْلَاه، بمَنْزِلَةِ ضِعْفِه؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿فَـَٔاتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ﴾[٣]. أى مِثْلَيْنِ. قالَه أهْلُ التَّفْسِيرِ. وكذلك قَوْلُه عزَّ وجلَّ: ﴿يُضَٰعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾[٤]. وقال هِشَامُ بنُ مُعَاوِيَةَ النَّحْوِىُّ[٥]: [٦]العَرَبُ تَتَكَلَّمُ[٦] بالضِّعْفِ مُثَنًّى، فتَقُولُ: إن أعْطَيْتَنِى [٢٤٣و] دِرْهَمًا، فلكَ ضِعْفاه. أى مِثْلاه. قال: وإفْرَادُه لا بَأْسَ به، والتَّثْنِيَةُ أحْسَنُ. فعلى هذا، ثَلاثَةُ أضْعَافِه، ثلاثَةُ أمْثَالِه.

فصل: وإن وَصَّى لرَجُلٍ بجُزْءٍ مُقَدَّرٍ مِن مَالِه؛ كثُلُثٍ أو رُبُعٍ، أَخَذْتَه مِن مَخْرَجِه، فدَفَعْتَه إليه، وقَسَمْتَ الباقِىَ على مَسْأَلةِ الوَرَثَةِ إنِ انْقَسَم، وإلَّا ضَرَبْتَ مسْأَلَةَ الوَرَثَةِ أو وَفْقَها فى مَخْرَجِ[٧] الوَصِيَّةِ، فما بلَغَ، فمنه

---

(١) بعده فى م: «و».

(٢) بعده فى ف: «قال المصنف».

وأبو عبيدة هو معمر بن المثنى التيمى، البصرى مولاهم، النحوى، صاحب التصانيف، كان من أوسع الناس علما بأخبار العرب وأيامها، توفى سنة عشر ومائتين. ويقال: إحدى عشرة. إنباه الرواة ٣/٢٧٦- ٢٨٧. تاريخ العلماء النحويين ٢١١- ٢١٣. سير أعلام النبلاء ٩/٤٤٥- ٤٤٧.

(٣) سورة البقرة ٢٦٥.

(٤) سورة الأحزاب ٣٠.

(٥) هشام بن معاوية الضرير النحوى الكوفى أبو عبد اللَّه، صاحب الكسائى، أخذ عنه، وله مقالة فى النحو تعزى إليه، توفى سنة تسع ومائتين. إنباه الرواة ٣٦٤، ٣٦٥.

(٦ - ٦) فى م: «العربى يتكلم».

(٧) سقط من: الأصل.

تَصِحُّ . وإن كانَ أكْثَرَ مِن الثُّلُثِ ، فأجاز الوَرَثَةُ ، فكذلك ، وإن رَدُّوا ، أَعْطَيْتَ المُوصَى له الثُّلُثَ ، وجَعَلْتَ للوَرَثَةِ الثُّلُثَيْنِ .

وإن وَصَّى بجُزْءَيْن ، مِثْلَ أن يُوصِيَ لرجلٍ بثُلُثِ مَالِه ، ولآخَرَ بنِصْفِه ، أَخَذْتَ مَخْرَجَي[1] الوَصِيَّتَيْنِ[2] ، وضرَبْتَ أحَدَهما[3] في الآخَرِ[4] ، يَصِرْ سِتَّةً ، فأَعْطَيْتَ صاحِبَ النِّصْفِ ثلاثَةً ، وصاحِبَ الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ ، إن أجازَ الوَرَثَةُ ، وإن رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بينَهما على خَمْسَةٍ ، وضَرَبْتَ ذلك في ثلاثَةٍ ، يكنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ؛ للوَصِيَّيْنِ خَمْسَةٌ ، وللوَرَثَةِ عَشَرَةٌ ؛ لأنَّ ما قُسِمَ مُتَفاضِلًا عندَ اتِّسَاعِ المالِ ، قُسِمَ مُتَفاضِلًا عندَ ضِيقِه ، كالمَوارِيثِ ، وإن أجازُوا لأحَدِهما دُونَ الآخَرِ ، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الإجازَةِ في مَسْأَلَةِ الرَّدِّ أو وَفْقِهَا إن وافَقَتْ ، وأَعْطَيْتَ المُجَازَ له سِهَامَه مِن مَسْأَلَةِ الإجازَةِ مَضْرُوبَةً في مَسْأَلَةِ الرَّدِّ أو وَفْقِها ، وأعْطَيْتَ الآخَرَ سِهامَه مِن مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبَةً في مسألةِ الإجازَةِ أو وَفْقِها .

ولو وَصَّى لرَجُلٍ بجَمِيعِ مالِه ، ولآخَرَ بثُلُثِه ، قَسَمْتَ المالَ على أرْبَعَةٍ ؛ لصاحِبِ المالِ ثَلاثَةٌ ، ولصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمٌ ؛ لأنَّ السِّهَامَ في الوَصَايَا كالسِّهَامِ في المِيرَاثِ تُعَالُ بالزَّائِدِ ، وإن لم يُجِيزُوا ، قُسِمَ الثُّلُثُ على أرْبَعَةٍ ، فإن أَجازُوا لصاحِبِ الكُلِّ وحدَه ، فلصاحِبِ الثُّلُثِ رُبُعُ الثُّلُثِ ؛

---

(١) في م : « مخرج » .
(٢) في س ٢ : « الوصيين » .
(٣) في م : « إحداهما » .
(٤) في م : « الأخرى » .

لأنَّ ذلك كانَ له فى حالِ الرَّدِّ عليهما. وفى صاحِبِ المالِ وَجْهانِ؛ أحَدُهما، له الباقِى كلُّه؛ لأنَّه مُوصًى له به، وإنَّما امْتنعَ منه فى حالِ الإجازَةِ لهما، لمُزاحَمَةِ صاحبِه له، فإذا زالَتِ المُزاحَمَةُ فى الباقِى، كان له. والثانى، ليس له إلَّا ثَلاثَةُ أرْبَاعِ المالِ التى كانت له فى حالِ الإجازَةِ لهما، والباقى للوَرَثَةِ؛ لأنَّه مِن نَصِيبِ صاحِبِ الثُّلُثِ. وإن أجازُوا لصاحِبِ الثُّلُثِ وحدَه، ففيه وَجْهان؛ أحَدُهما، له الثُّلُثُ كامِلًا. والثانى، له الرُّبُعُ، ولصاحِبِ المالِ الرُّبُعُ، والباقى للوَرَثَةِ.

وإن كَثُرَتِ السِّهامُ؛ كرَجُلٍ أوْصَى لرَجُلٍ بالمالِ، ولآخَرَ بِنِصْفِه، ولآخَرَ بثُلُثِه، ولآخَرَ برُبُعِه، ولآخَرَ بسُدُسِه، أَخَذْتَ مَخْرَجًا يَجْمَعُ الكُسُورَ فجَعلْتَه[1] المالَ، وهو ههُنا[2] اثْنَا عَشَرَ، ثم زِدْتَ عليه نِصْفَه وثُلُثَه ورُبُعَه وسُدُسَه، فبَلَغ الجميعُ سَبْعَةً وعِشْرِينَ، فيُقْسَمُ المالُ بَيْنَهم[3] إنْ أُجِيزَ لهم، أو[4] الثُّلُثُ إنْ رُدَّ عليهم.

فصل: وإن وَصَّى لرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه، ولآخَرَ بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِ وَرَثَتِه، وهم[5] اثْنَانِ، ففيها وَجْهانِ؛ أحدُهما، أن يُعْطَى الثُّلُثُ لصاحِبِه، ويُقْسَمَ الباقِى بيـنَ الاثْنَيْنِ والوَصِىِّ الآخَرِ على ثَلاثَةٍ، فتَصِحُّ المَسْأَلَةُ مِن تِسْعَةٍ؛ للمُوصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثُه، وللآخَرِ سَهْمَانِ، ولكُلِّ ابْنٍ سَهْمَانِ. وإنْ رَدَّا،

---

(١) بعده فى ف: «فى».

(٢) سقط من: م.

(٣) بعده فى ف: «كذلك».

(٤) فى الأصل: «و».

(٥) فى م: «هما».

قَسَمْتَ الثُّلُثَ بينَ الوَصِيَّيْنِ على خَمْسَةٍ. [٢٤٣ظ] والوَجْهُ الآخَرُ، أنَّ صاحِبَ النَّصِيبِ مُوصًى له بثُلُثِ المالِ؛ لأنَّنا لا نُرَتِّبُ الوَصَايا بعضَها على بَعْضٍ. فعلى هذا، إن أُجِيزَ لهما، فللوَصِيَّيْنِ الثُّلُثَانِ، وللابْنَيْنِ الثُّلُثُ، وإن رَدَّا، فالثُّلُثُ بَيْنَهما على اثْنَيْنِ، والثُّلُثانِ للابْنَيْنِ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ. فإن كانَتِ الوَصِيَّةُ الأُولى بالنِّصْفِ، ففيها[1] وَجْهٌ ثالثٌ، وهو أن تَجْعَلَ لصاحِبِ النَّصِيبِ نَصِيبَه مِن الثُّلُثَيْنِ، وهو ثُلُثُهما، ولصاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفَ إن أجازَ الوَرَثَةُ. وإن رَدُّوا، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بينَ الوَصِيَّيْنِ على ثَلاثَةَ عَشَرَ سَهْمًا، والثُّلُثَانِ للابْنَيْنِ.

فصل: وإن وَصَّى لرجلٍ بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِ ورَثَتِه، ولآخَرَ بجُزْءٍ ممَّا يَبْقَى مِن المالِ؛ كرجلٍ له ثَلاثَةُ بَنِينَ أوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِهم، ولآخَرَ بثُلُثِ ما بَقِيَ، فعلى الوَجْهِ الذى نقولُ: لصاحبِ النَّصِيبِ فى المسألةِ التى قبلَها ثُلُثُ المالِ. له هلهُنا رُبُعُ المالِ، ويكونُ للآخَرِ رُبُعٌ أيضًا، يَبْقَى سَهْمانِ مِن أرْبَعَةٍ لثَلاثَةِ بَنِينَ، وتَصِحُّ مِن اثْنَىْ عَشَرَ سَهْمًا؛ لكلِّ واحِدٍ من الوَصِيَّيْنِ ثَلاثَةٌ، ولكلِّ ابْنٍ سَهْمانِ، فإن رَدُّوا عليهما، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بينَ الوَصِيَّيْنِ نِصْفَيْنِ، والباقِى للبَنِينَ، وعلى الوَجْهِ الآخَرِ، لا يُزادُ صاحِبُ النَّصِيبِ على مِيرَاثِ ابْنٍ؛ لأنَّه قَصَد التَّسْوِيَةَ بَيْنَه وبَيْنَهم. ولكَ فى عَمَلِها طُرُقٌ؛ أحدُها، أن تَضْرِبَ مَخْرَجَ إحْدَى الوَصِيَّتَيْنِ فى الآخَرِ[2]، وهو هلهُنا[3] ثَلاثَةٌ فى أرْبَعَةٍ، تكنِ اثْنَىْ عَشَرَ، ثم تَنْقُصه

---

(١) فى م: «ففيه».

(٢) فى م: «الأخرى».

(٣) سقط من: م.

سَهْمًا ، يَبْقَى أحَدَ عَشَرَ ، فمنه تَصِحُّ ، ثم تأْخُذَ مَخْرَجَ الجُزْءِ وهو ثلاثَةٌ ، تَنْقُصَها سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمانِ ، وهو النَّصِيبُ . الطَّرِيقُ الثانِى ، أن تَجْعَلَ المالَ ثَلاثَةَ أَسْهُمٍ ونَصِيبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إلى صاحِبِه ، وإلى الوَصِىِّ الآخَرِ ثُلُثَ الباقِى سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمانِ بينَ البَنِينَ ، لكُلِّ واحِدٍ ثُلُثَا سَهْمٍ ، فتَعْلَمُ أنَّ النَّصِيبَ ثُلُثَا سَهْمٍ ، فإذا بَسَطْتَها أثْلاثًا كانَتْ أحَدَ عَشَرَ . الطريقُ الثالثُ ، أن تقولَ : ثلاثَةُ أسْهُمٍ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَب ثُلُثُه ، فرُدَّ عليه نِصْفَه وسَهْمًا ، صارَتْ خَمْسَةً ونِصْفًا[1] ، إذا بسَطْتَها ، كانَتْ أحَدَ عَشَرَ .

فصل : وإن وَصَّى لرَجُلٍ بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ وَرَثَتِه ، ولآخَرَ بثُلُثِ ما بَقِىَ مِن الثُّلُثِ ، فاجْعَلِ المالَ تِسْعَةَ أسْهُمٍ وثَلاثَةَ أنْصِباءَ ، ادْفَعْ نَصِيبًا إلى صاحِبِه ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا[2] ، وادْفَعْ نَصِيبَيْنِ[3] إلى اثْنَيْنِ[4] ، يَبْقَى ثمانِيَةُ أسْهُمٍ للابْنِ الثالثِ ، فتَبَيَّنَ أنَّ النَّصِيبَ ثمانيةُ أسْهُمٍ ، والمالَ ثَلاثَةٌ وثَلاثُونَ .

فصل : وإذا كان له مِائتَا دِرْهَمٍ ، وعَبْدٌ قِيمَتُه مِائةٌ ، فأَوْصَى لرجلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بالعَبْدِ ، فقد أوْصَى بثُلُثَىْ مالِه ، فإن لم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، رُدَّتْ وَصِيَّةُ كلِّ واحِدٍ منهما إلى نِصْفِها ، فلصاحبِ العَبْدِ نِصْفُه ، وللآخَرِ سُدُسُ المائتَيْنِ وسُدُسُ العَبْدِ . ويَحْتَمِلُ أن يقْتَسِمَا الثُّلُثَ على حسَبِ ما

---

(١) فى ف : « نصفان » .

(٢) فى م : « سهمان » .

(٣) فى الأصل : « نصيبا » .

(٤) فى م : « ابنين » .

يَحْصُلُ لهما فى الإجازَةِ، فيكونُ بَيْنَهما على عِشْرِينَ؛ لصاحبِ العَبْدِ تِسْعَةٌ؛ وهى رُبُعُ العَبْدِ وخُمُسُه، ولصاحبِ الثُّلُثِ أحَدَ عَشَرَ؛ [٢٤٤و] وهى سُدُسُ المالِ وسُدُسُ عُشْرِه. وإن أجازُوا لهما، فللمُوصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثُ المائَتَيْن؛ لأنَّه لا مُزَاحِمَ له فيهما، ويَزْدَحِمُ هو وصاحِبُ العَبْدِ فيه؛ لأنَّه قد أوْصَى لأحَدِهما بجَمِيعِه، وللآخَرِ بثُلُثِه، فيُقْسَمُ بَيْنَهما على أرْبَعةٍ؛ لصاحبِه ثَلاثَةُ أرْباعِه، ولصاحبِ الثُّلُثِ رُبُعُه، فإن أجازُوا لصاحِبِ الثُّلُثِ وحدَه، فله ثُلُثُ المِائَتَيْن. وهل يَسْتَحِقُّ ثُلُثَ العَبْدِ أو رُبُعَه؟ على وَجْهَيْنِ. ولصاحبِ العَبْدِ نِصْفُه. وإن أجازُوا لصاحبِ العَبْدِ وحدَه، فلصاحبِ الثُّلُثِ سُدُسُ المِائَتَيْن وسُدُسُ العَبْدِ، ولصاحِب العَبْدِ خَمْسَةُ أسْداسِه، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ. وفى الآخرِ، ثلاثَةُ أرْباعِه التى كانَتْ له فى حالِ الإجازَةِ لهما، وباقِيه للوَرَثَةِ.

فصل: وإن وَصَّى بثُلُثِ مالِه لوارِثِه وأجْنَبِيٍّ، فأُجِيزَ لهما، فهو بَيْنَهما. وإن رُدَّ عليهما، أو على الوارِثِ وحدَه، فللأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ، والباقِي للوَرَثَةِ. وإن وَصَّى لكُلِّ واحدٍ بثُلُثِ مالِه، فأُجِيزَ لهما، جاز لهما. وإن رُدَّ عليهما، فقال القاضى: إن عَيَّنُوا وَصِيَّةَ الوارِثِ بالإبْطالِ، فالثُّلُثُ كلُّه للأجْنَبِيِّ، وإن أبْطَلُوا الزَّائدَ على الثُّلُثِ مِن غيرِ تَعْيِينٍ، فالثُّلُثُ الباقِى بينَ الوَصِيَّيْنِ. وقال أبو الخَطَّابِ: فيها وَجْهان؛ أحدُهما، أنَّ الثُّلُثَ كلَّه للأجْنَبِيِّ. والثانى، للأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ، ويَبْطُلُ الباقِى.

فصل: وإن وَصَّى له بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ ورَثَتِه إلَّا جُزْءًا مِن المالِ، مِثْلَ أن يُوصِيَ لرَجُلٍ بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِيه وهم ثلاثةٌ، إلَّا رُبُعَ المالِ، فاجْعَلْ

لكُلِّ ابْنٍ رُبُعَ المالِ ، واقْسِمِ[1] الباقِيَ بَيْنَهم وبينَ المُوصَى له على أرْبَعَةٍ[2] ، لا تَنْقَسِمُ ، فاضْرِبْ عدَدَهم فى مَخْرَجِ الرُّبُعِ ، تكنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، له سَهْمٌ ، ولِكُلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وإن قال : إلَّا سُدُسًا . فضَّلْتَ كُلَّ ابْنٍ بسُدُسٍ ، وقَسَمْتَ الباقِيَ بَيْنَهم وبينَ الوَصِيِّ على ما ذكَرْنَا .

فصل : وإن وَصَّى له بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا رُبُعَ ما يَبْقَى بعدَ النَّصِيبِ ، فَرَضْتَ المالَ بقَدْرِ مَخْرَجِ الجُزْءِ المُسْتَثْنَى ، وهو أرْبَعَةٌ ، وزِدْتَ عليه نَصِيبًا ، واسْتَثْنَيْتَ مِن النَّصِيبِ سَهْمًا رَدَدْتَه على السِّهامِ ، صارَتْ خَمْسَةً بينَ البَنِينَ ، لكلِّ ابنٍ سَهْمٌ وثُلُثَانِ ، فهو النَّصِيبُ ، فَتَبيَّنَ أنَّ المالَ خَمْسَةٌ وثُلُثَانِ ، إذا بسَطْتَها[3] تكنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ؛ للمُوصَى له سَهْمانِ ، ولكلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . فإن كان أوْصَى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا رُبُعَ الباقِى بعدَ الوَصِيَّةِ ، فرَضْتَ أقَلَّ مِن مَخْرَجِ الجُزْءِ المُوصَى به ، وذلك ثَلاثَةٌ ، وزِدْتَ نَصِيبًا ، ثم اسْتَثْنَيْتَ مِن النَّصِيبِ سَهْمًا ، وزِدْتَه على الثَّلاثَةِ ، صارَتْ أرْبَعةً بينَ البَنِينَ ؛ لكلِّ ابْنٍ سَهْمٌ وثُلُثٌ ، فتَبَيَّنَ أنَّ النَّصِيبَ سَهْمٌ وثُلُثٌ ، إذا بسَطْتَها ، صارَتْ ثَلاثَةَ عَشَرَ سَهْمًا ، ومنها[4] تَصِحُّ .

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) بعده فى الأصل : « أسهم » .
(٣) فى الأصل : « بسطتهما » .
(٤) فى م : « منهما » .



بابُ جامعِ الوَصايَا

إذا وصَّى بعَبْدٍ مِن عَبِيدِه ، ولا عَبِيدَ له ، أو بعَبْدِه الحَبَشِيِّ ، ولا حَبَشِيَّ له ، أو بعَبْدِه سالمٍ ، وليس ذلك له ، [٢٤٤ظ] فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّه وَصَّى له بما لا يَمْلِكُ ، أشْبَهَ إذا وَصَّى له بدَارِه ، ولا دارَ له . وعن أحمدَ في رجلٍ قال : أعْطُوا فُلانًا مِن كِيسِي مائةً . ولم يكنْ في الكِيسِ مائةٌ : يُعْطى مِائةَ دِرْهَم . فلم يُبْطِلِ الوَصِيَّةَ ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه ؛ لأنَّه لمَّا تعَذَّرَتِ الصِّفَةُ ، بَقِيَ أصلُ الوَصِيَّةِ ، فيُشْتَرَى له عَبْدٌ . فإن كان له عبيدٌ أُعْطِيَ أحَدَهم[1] بالقُرْعَةِ ، في إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لأنَّهم تَساوَوْا بالنِّسْبَةِ إلى اسْتِحْقاقِه ، فيُصَارُ إلى القُرْعَةِ ، كما لو أعْتَق واحدًا منهم . والثانيةُ ، يُعْطِيه الوَرَثَةُ ما شاءُوا مِن سَليمٍ ومَعِيبٍ ، وصغيرٍ وكبيرٍ ؛ لأنَّه يتَناوَلُه الاسْمُ ، فيُرْجَعُ إلى رَأْيِ[2] الوَرَثَةِ ، كما لو وَصَّى له بحَظٍّ أو نَصِيبٍ ، ولا عُرْفَ في هِبَةِ الرَّقيقِ ، فرُجِعَ إلى ما يتَناوَلُه الاسْمُ . فإن ماتَ رَقِيقُه قبلَ مَوْتِه أو بعدَه ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لفَواتِ ما تعَلَّقَتِ الوَصِيَّةُ به مِن غيرِ تَفْرِيطٍ . وإن بَقِيَ منهم واحدٌ ، تعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فيه ؛ لوُجُودِه مُنْفَرِدًا . وإن قُتِلُوا قبلَ مَوْتِ المُوصِي ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه جاءَ وَقْتُ الوُجوبِ ولا رَقِيقَ له . وإن قُتِلُوا بعدَ مَوْتِه ،

---

(١) في م : « واحدا » .

(٢) سقط من : الأصل .

وجَبَتْ له قِيمَةُ (١ واحدٍ منهم ١) ؛ لأنَّه بَدَلُ ما وَجَب له . وإن لم يكنْ له عبيدٌ حينَ الوَصِيَّةِ ، فاسْتَحْدَثَ عَبِيدًا ، احْتَملَ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ ؛ اعْتِبارًا بحالَةِ المَوْتِ ، واحْتَمَلَ أن لا تَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِى مِن عَبِيدِه المَوْجُودِينَ حينَ(٢) الوَصِيَّةِ .

فصل : (٣ وإن وَصَّى ٣) بعتقِ عَبْدٍ وله عَبِيدٌ ، احْتَمَل أن يُجْزِئَ عِتْقُ ما وَقَع عليه الاسْمُ ؛ لعُمومِ اللَّفْظِ ، واحْتَمَل أن لا يُجْزِئَ إلَّا عِتْقُ رَقَبَةٍ تُجْزِئُ فى الكفَّارَةِ ؛ لأنَّ للعِتْقِ عُرْفًا شَرْعِيًّا ، فحُمِلَتِ الوَصِيَّةُ عليه . وهل يَعْتِقُ أحدُهم بالقُرْعَةِ ، أو يَرْجِعُ إلى اختِيارِ الوَرَثَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن عَجَز الثُّلُثُ عن عِتْقِ رَقَبَةٍ كامِلَةٍ ، عَتَق منها قَدْرُ الثُّلُثِ ، إلَّا أن يُجِيزَ الوَرَثَةُ عِتْقَ جَمِيعِه . وإن وَصَّى بعِتْقِ عَبِيدٍ ، فلم يَخْرُجْ مِن الثُّلُثِ إلَّا واحِدٌ ، عَتَق واحدٌ منهم بالقُرْعَةِ . وإنْ وَصَّى أن يُشْتَرَى بثُلُثِه رِقابٌ يُعْتَقُونَ ، فأمكَن شِراءُ ثَلاثِ رِقابٍ بثَمَنِ رَقَبَتَيْنِ غالِيَتَيْنِ ، فعِتْقُ الثَّلاثَةِ أَوْلَى ؛ لأنَّه تخْلِيصٌ لثلاثَةٍ ، وإنِ اتَّسَع لرَقَبَتَيْنِ وبَعْضِ أُخْرَى ، زِيد فى ثَمَنِ الرَّقَبَتَيْنِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عن أفْضَلِ الرِّقابِ قال : « أَغْلَاها ثَمَنًا ، وأَنْفَسُها عِنْدَ أَهْلِها »(٤) . وإن قال : أعْتِقُوا أحَدَ رَقِيقِى . جازَ إعْتاقُ الذَّكَرِ والأُنْثَى

(١ - ١) فى م : « أحدهم » .

(٢) فى م : « حال » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « وإذا أوصى » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣/ ١٨٨. ومسلم ، فى : باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١/ ٨٩. وابن ماجه ، فى : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٣. والإمام مالك ، فى : باب فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنى ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/ ٧٧٩، ٧٨٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٨٨، ٥/ ١٥٠، ١٧١، ٢٦٥.

والخُنْثَى ؛ لأنَّه أحدُ رَقِيقِه[1] . وإن قال : أعْتِقُوا عَبْدًا مِن عَبِيدِى[2] . لم يُجْزِئْهم عِتْقُ الأُنْثَى ولا الخُنْثَى المُشْكِلِ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ كَوْنُه ذَكَرًا ، ويُجْزِئُ عِتْقُ الخُنْثَى المَحكُومِ بذُكُورِيَّتِه ؛ لأنَّه عَبْدٌ . وإن قال : أعْتِقُوا أَمَةً . لم يُجْزِئْهم إلَّا أُنْثَى .

فصل : وإن قال : أعْطُوه شاةً مِن غَنَمِى . فهو كالوَصِيَّةِ بعَبْدٍ مِن عَبِيدِه ، ويتَناوَلُ الضَّأْنَ والمَعْزَ . وهل يتَناوَلُ الذَّكَرَ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَتَناوَلُه ؛ لأنَّ الاسْمَ يقَعُ عليه لُغَةً . والثانى ، لا يَتَناوَلُه ؛ لأنَّه لا يتَناوَلُه الاسْمُ عُرْفًا . قال أصْحابُنا : ويتَناوَلُ الصَّغِيرةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا [٢٤٥و] يتَناوَلَها ؛ لأنَّها لا تُسَمَّى شاةً عُرْفًا . فإن [3]لم يكنْ له[3] إلَّا ذُكْرَانٌ ، أو صِغارٌ ، لم يُعْطَ إلَّا مِن جِنْسِ مالِه ؛ لأنَّه أضافَه إليه ، فاخْتَصَّ به . وإن قال : أعْطُوه جَمَلًا . لم يُعْطَ إلَّا ذَكَرًا . والبَعِيرُ كالجَملِ ؛ لأنَّه فى العُرْفِ مُخْتَصٌّ به . وقال أصْحابُنا : البَعِيرُ كالإِنْسانِ ، يتَناوَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى . وإن قال : أعْطُوه ناقَةً . لم يُعْطَ إلَّا أُنْثَى . وإن قال : أعْطُوه ثَوْرًا . فهو الذَّكَرُ ، والبَقَرَةُ هى الأُنْثَى . وإن أوْصَى له برَأْسٍ مِن الإِبلِ ، أو البَقَرِ ، أو الغَنَمِ ، جاز فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى ؛ لأنَّ ذلك اسْمٌ للجِنْسِ .

فصل : وإن أوْصَى له بدَابَّةٍ ، أُعْطِىَ مِن الخَيْلِ أو البِغَالِ أو الحَمِيرِ ؛ لأنَّ اسْمَ الدَّابَّةِ يُطْلَقُ على الجَمِيعِ ، ويتَناوَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى . وإن قال : مِن

---

(١) فى الأصل : « رقبته » .

(٢) فى م : « عبدى » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « يمكن » .

دَوابِّي . تعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فيما عندَه . وإن قَرَن بها ما يَصْرِفُه إلى أحَدِها ، تعَيَّنَتِ الوَصِيَّةُ فيه ، فإذا قال : أعْطُوه دابَّةً يُقاتِلُ عليها . فهى فَرَسٌ . وإن قال : يَنْتَفِعُ بنَسْلِها . خَرَج منها البِغالُ . وإن قال : أعْطُوه فَرَسًا . تناوَلَ الذَّكَرَ والأُنْثَى . وإن قال : حِصانًا . فهو الذَّكَرُ . وإن قال : حِجْرَةً[1] . فهى الأُنْثَى . وإن قال : حِمارًا . فهو ذَكَرٌ . وإن قال : أَتانًا . فهى أُنْثَى .

فصل : وإن وَصَّى بكَلْبٍ يُبَاحُ اقْتِناؤُه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأَنَّ فيه نَفْعًا مُباحًا ، وتُقَرُّ اليَدُ عليه ، والوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ ، فجازَتْ فيه . وإن لم يكنْ له كَلْبٌ ، أو لم يكنْ إلَّا كَلْبُ هِرَاشٍ[2] ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأَنَّه[3] لا يُمْكِنُ شِراؤُه ، وكَلْبُ الهِرَاشِ لا يُبَاحُ اقْتِناؤُه . وإن كان له كِلابٌ يُنْتَفَعُ بها ، فللمُوصَى له واحِدٌ منها ، إلَّا أن تَدُلَّ[4] القَرِينَةُ على واحدٍ منها بعَيْنِه ؛ مِن صَيْدٍ ، أو حِفْظِ غَنَمٍ ، فيُدْفَعَ إليه ما دَلَّتِ القَرِينَةُ عليه . وإن وَصَّى له بثَلاثَةِ أَكْلُبٍ لا مالَ له سِوَاها ، رُدَّتِ الوَصِيَّةُ إلى ثُلُثِها ، ويُعْطَى واحِدًا منها بالقُرْعَةِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ ، يُعْطِيه الوَرَثَةُ أَيَّها شاءوا . وإن لم يكنْ له إلَّا كَلْبٌ واحِدٌ ، أُعْطِيَ ثُلُثَه ، وإن كان للمُوصِى مالٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يُدْفَعُ جميعُ الكلابِ إلى المُوصَى له وإن قَلَّ المالُ ؛ لأَنَّ أقَلَّ المالِ خَيْرٌ مِن الكِلابِ الكثيرةِ ، فأُمْضِيَتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو[5] وَصَّى له

---

(١) كذا فى النسخ ، والصواب : الحِجْر . الفرس الأنثى . قال ابن منظور : لم يدخلوا فيه الهاء ؛ لأنه اسم لا يشركها فيه المذكر . اللسان (ح ج ر) .

(٢) تهارشت الكلاب : تقاتلت وتواثبت . تاج العروس (هـ ر ش) .

(٣) بعده فى ف : « لا يباح اقتناؤه لأنه » .

(٤) فى م : « تذكر » .

(٥) سقط من : الأصل .

بشَاةٍ تَخْرُجُ مِن ثُلُثِه . والثانى ، يُدْفَعُ إليه ثُلُثُ الكِلابِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ للوَصِىِّ شىءٌ إلَّا وللوَرَثَةِ مِثْلاه ، ولا يُمْكِنُ اعْتِبارُ الكَلْبِ مِن ثُلُثِ المالِ ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له ، فاعْتُبِرَ بنَفْسِه .

فصل : وإن وَصَّى له بطَبْلٍ مِن طُبُولِه ، وله طُبُولُ حَرْبٍ ، أُعْطِىَ واحِدًا منها ، فإن لم يكنْ له[1] إلَّا طُبُولُ لَهْوٍ ، فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّها وَصِيَّةٌ بمُحَرَّمٍ ، وإن كان له طَبْلُ لَهْوٍ وطَبْلُ حَرْبٍ ، أُعْطِىَ طَبْلَ الحَرْبِ ؛ لأنَّ طَبْلَ اللَّهْوِ لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به ، فهو كالمَعْدُومِ . وإن وَصَّى له بعُودٍ مِن عِيدَانِه ، وله عِيدانٌ للقِسِىِّ والبِنَاءِ ، أُعْطِىَ واحِدًا منها ، وإن لم يكنْ له إلَّا عِيدَانُ لَهْوٍ ، فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّها وَصِيَّةٌ بمُحَرَّمٍ . وإن كان له عِيدانٌ [٢٤٥ظ] للَّهْوِ ولغيرِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّ العُودَ بإطْلاقِه يَنْصَرِفُ إلى عُودِ اللَّهْوِ ، ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به . والآخَرُ ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ ، ويُعْطَى عُودًا مُباحًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تعَيَّنَتْ فيه لتَحْرِيمِ ما سِوَاه ، فأَشْبَهَ ما لو وَصَّى له بطبلٍ وله طَبْلُ لَهْوٍ وطَبْلُ حَرْبٍ .

فصل : وإن وَصَّى له بقَوْسٍ وأَطْلَق ، انْصَرف إلى قَوْسِ الرَّمْىِ بالسِّهامِ ؛ لأنَّه الذى يُفْهَمُ مِن إطْلاقِ القَوْسِ ، فإن قال : قَوْسٌ يَرْمِى عليه . أو : يَغْزُو به . كان تأْكِيدًا لذلك . وإن قال : يَنْدِفُ[2] به . أو : يتَعَيَّشُ به . انْصَرَف إلى قَوْسِ النَّدْفِ . وإن قال : قَوْسًا مِن قِسِيِّى . وليس له إلَّا قِسِىٌّ[3]

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) الندف : طرق القطن بالمندف ليرق .

(٣) فى الأصل : « قوس » .

نَدْفٍ أو بُنْدُقٍ ، أُعْطِيَ واحدًا منها ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تعَيَّنَتْ فيه بإضافَتِها إلى قِسِيِّه ، واخْتِصاصِ قِسِيِّه بها . قال القاضى : ويُعْطَى القَوْسَ بوَتَرِه ؛ لأنَّه لا يُنْتَفَعُ به إلَّا به ، فجَرَى مَجْرَى جُزْئِه . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطَاه بدُونِ الوَتَرِ ؛ لأنَّ الاسْمَ يقَعُ عليه بدُونِه .

فصل : وإذا وَصَّى له بعَبْدٍ ، ولآخَرَ بباقِى الثُّلُثِ ، دُفِعَ العَبْدُ إلى صاحبِه ، وتَمامُ الثُّلُثِ للآخَرِ ، فإن لم يَبْقَ مِن الثُّلُثِ شىءٌ ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ بالباقِى ؛ لأنَّه لا باقِىَ هـٰهُنا . فإن رَدَّ صاحِبُ العَبْدِ وَصِيَّتَه ، فوَصِيَّةُ الآخَرِ بحالِها ، فإن ماتَ العَبْدُ بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، فكذلك ، ويُقَوَّمُ العَبْدُ حالَ المَوْتِ . وإن ماتَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، قُوِّمَتِ التَّرِكَةُ بدُونِ العَبْدِ ؛ لأنَّه مَعْدُومٌ .

فصل : وإن وَصَّى لرجلٍ بمِائةٍ ، ولآخَرَ بتَمامِ الثُّلُثِ ، ولثالثٍ بالثُّلُثِ ، فأُجِيزَ لهم ، قُسِم الثُّلُثان بينَ الأَوْصِياءِ على ما ذَكَر المُوصِى ، فإن كانَ الثُّلُثُ مِائةً ، سقَطَتْ[1] وَصِيَّةُ صاحِبِ الباقِى ، وقُسِم الثُّلُثانِ بينَ الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وإن كانَ الثُّلُثُ دُونَ المِائةِ ، فَرَدَّ الوَرَثَةُ ، قُسِم الثُّلُثُ بَيْنَهما بالحِصَّةِ . فإذا كانَ الثُّلُثُ خَمْسِينَ ، قُسِم أثْلاثًا ؛ لصاحبِ المِائةِ ثُلُثاها ، وللآخَرِ ثُلُثُها ، فإن كانَ الثُّلُثُ أكْثَرَ مِن المِائةِ ، فلم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، دُفِعَ إلى صاحبِ الثُّلُثِ نِصْفُه . وفى باقِيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُقَدَّمُ صاحِبُ المِائةِ بها ، فإنْ فَضَل عنها شىءٌ دُفِعَ إلى صاحبِ الباقى ، وإلَّا فلا شىءَ له ؛ لأنَّ حقَّه فى الباقى بعدَ المِائةِ ، فلا يأْخُذُ شيئًا قبلَ اسْتِيفائِها ، كالعَصَبَةِ لا تَأْخُذُ

---

(١) فى ف : « بطلت » .

شيئًا قبلَ[1] تَمامِ الفَرْضِ، ويُزاحِمُ صاحِبُ المِائةِ لصاحبِ الباقى وإن لم يُعْطِه شيئًا، كما يُعادُّ[2] وَلَدُ الأبَوَيْن الجَدَّ بوَلَدِ الأبِ ولا يُعْطِيه شيئًا. والثانى، أنَّ السُّدُسَ يُقْسَمُ بينَ صاحبِ المِائةِ وصاحبِ الباقِى على قَدْرِ وَصِيَّتِهما، فإذا كان الثُّلُثُ مائتَيْن، أخَذَا مِائةً، فاقْتَسَماها[3] نِصْفَيْنِ؛ لأنَّه إنَّما أُوصِىَ له بالمِائَةِ مِن كُلِّ الثُّلُثِ لا مِن بَعْضِه، فلم يَجُزْ أن يأْخُذَ مِن نِصْفِ الثُّلُثِ ما يأْخُذُه مِن جميعِه، كالوارِثِ[4] إذا زاحمَهم أصْحابُ الوَصَايا. وإن بَدَأ فوَصَّى لرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه، ثم وَصَّى لآخَرَ بمِائةٍ، ولثالِثٍ[5] [٢٤٦و] بتَمامِ الثُّلُثِ، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، هى كالتى قبلَها سَواءً؛ لأنَّه إذا وَصَّى بتَمامِ الثُّلُثِ بعدَ وَصِيَّتِه بالثُّلُثِ، عُلِم أنَّه لم يُرِدْ ذلك الثُّلُثَ المُوصَى به، وإنَّما أرادَ ثُلُثًا ثانيًا، فصارَتْ كالتى قبلَها. والثانى، أنَّ الوَصِيَّةَ بتَمامِ الثُّلُثِ باطِلَةٌ؛ لأنَّ الثُّلُثَ قد اسْتَوْعَبَتْه الوَصِيَّةُ الأُولَى، فلا باقِىَ له، فيكونُ وُجودُ هذه الوَصِيَّةِ كعَدَمِها.

فصل: إذا أوْصَى لرَجُلٍ بمَنْفَعَةِ جارِيَةٍ، ولآخَرَ برَقَبَتِها، صَحَّ، ولصاحِبِ المَنْفعَةِ منافِعُها وأكْسابُها، وله إجارَتُها؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَتِها. ولا يَمْلِكُ واحِدٌ منهما وَطْأَها؛ لأنَّ الوَطْءَ إنَّما يكونُ فى مِلْكٍ تامٍّ، وليس لواحِدٍ منهما مِلْكٌ تامٌّ. ولا يَمْلِكُ أحدُهما تَزْوِيجَها؛ لذلك، فإنِ اتَّفَقَا

---

(١) فى الأصل: «بعد».

(٢) يُعادّ، بتشديد الدال: أى زاحَمَ به.

(٣) فى الأصل: «فيقتسماها».

(٤) فى م: «كالوراث».

(٥) فى م: «لآخر».

عليه ، جازَ ؛ لأنَّ الحقَّ لا يخْرُجُ عنهما ، والوَلِيُّ مالِكُ الرَّقَبَةِ ؛ لأنَّه مالِكُها ، والمَهْرُ له ؛ لأنَّه بدَلُ مَنْفَعَةِ البُضْعِ التى لا يصِحُّ بذْلُها ، ولا الوَصِيَّةُ بها ، وإنَّما هى تابِعَةٌ للرَّقَبَةِ ، فتكونُ لمالِكِها[1] . وقال أصحابُنا : هو لمالِكِ مَنْفَعَتِها ؛ لأنَّه بدَلُ مَنْفَعةٍ مِن منافِعِها . فإن أتَتْ بوَلَدٍ ، فحُكْمُه[2] حُكْمُها ؛ لأنَّه جُزْءٌ مِن أجْزائِها ، فيَثْبُتُ فيه حُكْمُها ، كوَلَدِ المُكاتَبَةِ وأُمِّ الوَلَدِ . وإن زَنَتْ ، فالحُكْمُ فى المَهْرِ والوَلَدِ على ما ذكَرْنا . وإن وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ ، فالمَهْرُ على ما ذكَرْنا ، والوَلَدُ حُرٌّ تجِبُ قِيمَتُه يومَ وَضْعِه لمالكِ الرَّقَبَةِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ ، يُشْتَرَى بها عَبْدٌ يقُومُ مَقامَه . وإن قُتِلَتْ ، وجَبَتْ[3] قِيمَتُها ، يُشْتَرَى بها ما يقُومُ مَقامَها . وإن قُتِل ولَدُها الرَّقِيقُ ، فكذلك ؛ لأنَّ الواجِبَ قائمٌ مَقامَ الأصْلِ ، فكان حُكْمُه حُكْمَ الأصْلِ . وإنِ احْتاجَتْ إلى نفَقَةٍ ، احْتَمَل أن تَجِبَ على مالِكِ المَنْفَعَةِ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ نَفْعَها على التَّأْبِيدِ ، فكانَتِ النَّفَقَةُ[4] عليه ، كالزَّوْجِ . واحْتَمَل أن تجِبَ على صاحبِ الرَّقَبَةِ ؛ لأنَّه مالِكُ رَقَبَتِها ، فوَجَبَ عليه نفَقَتُها ، كما لو كانَتْ زَمِنَةً . واحْتَمَلَ أن تَجِبَ فى كَسْبِها ؛ لأنَّه تعَذَّرَ إيجابُها على كلٍّ واحدٍ منهما ، فلم يَبْقَ إلَّا إيجابُها فى كَسْبِها ، فإن لم يَفِ كَسْبُها ، ففى بيتِ المالِ .

فإن أعْتَقَها صاحِبُ الرَّقَبَةِ ، عَتَقَت ؛ لأنَّه مالِكٌ لرَقَبَتِها ، وتَبْقَى منافِعُها مُسْتَحَقَّةً لصاحِبِ المَنْفَعَةِ يَسْتَوْفِيها فى حالِ حُرِّيَّتِها . وإن باعَها ،

---

(١) فى م : « لصاحبها » .

(٢) فى الأصل : « فله » .

(٣) فى الأصل : « تجب » .

(٤) فى الأصل : « المنفعة » .

احْتَمَلَ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ البَيْعَ يقَعُ على رَقَبَتِها وهو مالِكٌ لها . واحْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ ما لا نَفْعَ له[1] لا يَصِحُّ بَيْعُه ، كالحشراتِ . ويَحْتَمِلُ[2] أن يَصِحَّ بَيْعُها لمالِكِ مَنْفَعَتِها دُونَ غيرِه ؛ لأنَّه يجْتَمِعُ له رَقَبَتُها ونَفْعُها بخِلافِ غيرِه . فإن وَطِئَها أحَدُ الوَصِيَّيْنِ ، فمَن حكَمْنا له بالمَهْرِ ، لا مَهْرَ عليه ، ومَن لم يُحْكَمْ[3] له بالمَهْرِ ، فهو عليه لصاحبِه ، ولا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ له شُبْهَةَ المِلْكِ فيها .

فصل : ومَن أُوصِيَ له بشيءٍ ، فتَلِفَ بعضُه أو هَلَك ، فله ما بَقِيَ إن حمَلَه الثُّلُثُ ، وإن وُصِّيَ له بثُلُثِ ثَلاثِ آدُرٍ[4] ، فهَلَكَ اثْنَتانِ ، فليس له إلَّا ثُلُثُ الباقِيَةِ ؛ لأنَّه لم يُوصَ له منها إلَّا بثُلُثِها . وإن أُوصِيَ له بثُلُثِ عَبْدٍ ، فاسْتُحِقَّ ثُلُثاه ، فجَمِيعُ الثُّلُثِ الباقِي [٢٤٦ظ] للمُوصَى له إذا حمَلَه ثُلُثُ المالِ ؛ لأنَّه قد أُوصِيَ له بجَمِيعِه .

فصل : إذا أوْصَى بعِتْقِ مُكاتَبِه أو الإبْراءِ ممَّا عليه ، اعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ أقَلُّ الأمْرَيْنِ ، مِن قِيمَتِه مُكاتَبًا أو مالِ كِتابَتِه ؛ لأنَّ العِتْقَ إبْراءٌ ، والإبْراءَ عِتْقٌ ، فاعْتُبِرَ أقَلُّهما ، وأُلْغِيَ الآخَرُ ، فإنِ احْتَمَلَه الثُّلُثُ ، عَتَق وبَرِئَ ، وإنِ احْتَمَل الثُّلُثُ بعضَه ، كنِصْفِه ، عَتَق نِصْفُه ، وبَقِيَ نِصْفُه على الكِتابَةِ . وإن لم يكنْ للمُوصِي سِوَى المُكاتَبِ ، عَتَق ثُلُثُه في الحالِ ، وبَقِي ثُلُثاه على[5]

(١) في الأصل : « فيه » .

(٢) في م : « احتمل » .

(٣) في م : « نحكم » .

(٤) في م : « دور » . وآدر : جمع دار .

(٥) في ف : « في » .

الكِتابَةِ ، إن عَجز رَقَّ ، وإن أَدَّى عَتَق . وإن قال : ضَعُوا عن مُكَاتَبِى أكْثَرَ ما عليه . وُضِع عنه النِّصْفُ ، وأَدْنَى زِيادَةٍ ؛ لأنَّه الأكْثَرُ . وإن قال : ضَعُوا عنه أكْثَرَ نُجُومِه . وُضِعَ عنه أكْثَرُ مِن نِصْفِها ؛ لذلك . وإن قال : ضَعُوا عنه أكبرَ[1] نُجُومِه . وُضِع عنه أكْثَرُها مالًا . وإن قال : ضَعُوا عنه أوْسَطَ نُجُومِه . وهى ثَلاثَةٌ ، وُضِعَ الثانى ، وإن كانَتْ خَمْسَةً ، وُضِع الثالثُ ، وإن كانَتْ أرْبَعَةً ، وُضِعَ الثانى والثالثُ . وعلى هذا القِياسُ . فإنْ كانَتْ أوْسَطَ فى القَدْرِ ، وأوْسَطَ فى المُدَّةِ ، وأوْسَطَ فى العَدَدِ ، فللوارِثِ وَضْعُ أىِّ الثَّلاثَةِ شاءَ ؛ لأنَّ الأوْسَطَ يقَعُ على الثلاثَةِ . وإن قال : ضَعُوا عنه ما قَلَّ . أو : كَثُرَ . فللوارِثِ وَضْعُ ما شاء ؛ لأنَّ الاسْمَ يتناوَلُه .

فصل : وإن وَصَّى لرَجُلٍ بمالِ الكِتابَةِ ، ولآخَرَ برَقَبَتِه ، صَحَّ . فإن أَدَّى ، عَتَق ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ بالرَّقَبَةِ ، وإن عَجز ، رَقَّ ، وكان للمالِكِ[2] الرَّقَبَةِ . وإن كانَتِ الكِتابَةُ فاسِدَةً ، فأوْصَى بما فى ذِمَّةِ المُكاتَبِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا شىءَ فى ذِمَّتِه . وإن وَصَّى بما يُقْبَضُ[3] منه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه أضَافَه إلى حَالٍ يَمْلِكُه ، فصَحَّ ، كما لو وَصَّى برَقَبَةِ المُكاتَبِ إذا عَجز . وإن وَصَّى له برَقَبَتِه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه وَصَّى بمَمْلُوكِه .

فصل : وإذا قال : حُجُّوا عَنِّى بخَمْسِمائةٍ . وهى تَخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، وَجَب صَرْفُها كُلِّها فى الحَجِّ ، وليس للوَلِىِّ أن يَصْرِفَ إلى مَن يَحُجُّ أكْثَرَ مِن

---

(١) فى ف : « أكثر » .

(٢) فى الأصل ، س ٢ : « المالك » .

(٣) فى م : « يقتضى » .

نَفَقَةِ المِثْلِ ؛ لأنَّه أَطْلَق له التَّصرُّفَ فى المُعَاوَضَةِ ، فاقْتَضَى عِوَضَ المِثْلِ ، كالوَكِيلِ[1] فى البَيْعِ ، ويُحَجُّ عنه مِن بَلَدِه ؛ لأنَّ حَجَّ المُسْتَنِيبِ مِن بَلَدِه ، فكذلكَ النائبُ . فإن فَضَل ما لا يَكْفِى للحَجِّ مِن بَلَدِه ، أو كانَ المُوصَى به[2] لا يَكْفِى للحَجِّ مِن بَلَدِه ، فقال أحمدُ : يُحَجُّ عنه مِن حيثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةُ للرَّاكِبِ مِن غيرِ مَدِينَتِه . وعنه ، أنَّه يُعَانُ به فى الحَجِّ ، فإن لم يُمْكِنْ ذلك ، سقَطَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لتَعَذُّرِها .

فإن قال المُوصِى : أَحِجُّوا عَنِّى حَجَّةً بخَمْسِمائَةٍ . صُرِفَ جميعُ ذلك إلى مَن يَحُجُّ حَجَّةً واحِدَةً ؛ لأنَّ المُوصِىَ قَصَدَ إرْفَاقَ الحاجِّ بذلك ، فإن عَيَّنَ الحاجَّ ، تَعَيَّنَ . فإن أَبَى المُعَيَّنُ الحَجَّ ، صُرِف إلى مَن يَحُجُّ عنه نفَقَةُ المِثْلِ ، والباقى للوَرَثَةِ . فإن قال المُعَيَّنُ : أَعْطُونِى الزائدَ . لم يُقْبَلْ منه ؛ لأنَّه إنَّما أَوْصَى له بالزِّيادَةِ بِشَرْطِ أن يَحُجَّ ، فإذا لم يَحُجَّ ، [٢٤٧و] لم يَسْتَحِقَّ شيئًا . وإن لم يُعَيِّنْ أحدًا ، فللوَصِىِّ[3] صَرْفُها إلى مَن شاءَ[4] ؛ لأنَّه فَوَّض إليه الاجْتِهادَ فيه .

وإن قال المُوصِى[5] : أَحِجُّوا عَنِّى حَجَّةً . ولم يَذْكُرِ المِقْدارَ[6] ، لم

---

(١) فى ف : « كالتوكيل » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى ف : « فللموصى » .
(٤) فى ف : « يشاء » .
(٥) فى ف : « للموصى » .
(٦) بعده فى ف : « به » .

يُدْفَعْ إلى مَن يَحُجُّ عنه إلَّا قَدْرُ نَفَقَةِ المِثْلِ، إلَّا أن لا[1] يُوجَدَ مَن يَحُجُّ بذلك، فيُعْطَى أقَلَّ ما يُوجَدُ مَن يَحُجُّ به. وكذلك إن قال: أحِجُّوا عَنِّي[2]. ولم يَذْكُرْ قَدْرَ ما يُحَجُّ به، ولا قَدْرَ الحَجِّ، لم يُحَجَّ أكْثَرَ مِن حَجَّةٍ واحدَةٍ بقَدْرِ نفقَةِ المِثْلِ؛ لأنَّه اليَقِينُ.

فصل: وإذا أوْصَى ببَيْعِ عَبْدِه، فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ؛ لأنَّه لا نَفْعَ فيها. وإن قال: بِيعُوه لفُلانٍ. صَحَّتِ الوَصِيَّةُ؛ لأنَّه قد يَقْصِدُ نَفْعَ العَبْدِ بإيصَالِه[3] إلى فُلَانٍ، أو نَفْعَ فُلَانٍ بإيصَالِ[4] العَبْدِ إليه. فإن أبَى الآخَرُ شِرَاءَه، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ. وإن قال: اشْتَرُوا عَبْدَ زَيْدٍ بخَمْسِمائَةٍ فأعْتِقوه. فأَبَى زَيْدٌ بَيْعَه بخَمْسِمائَةٍ، أو بَيْعَه بالكُلِّيَّةِ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ. وإنِ اشْتَرَوْه بأقَلَّ، فالباقِى للوَرَثَةِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ قد حَصَل. ويَحْتَمِلُ أن تكونَ الخَمْسُمِائَةِ لزَيْدٍ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه قَصَد مُحابَاتَه بذلك، فأَشْبَهَ ما لو قال: يَحُجُّ عَنِّى فُلَانٌ بخَمْسِمِائَةٍ.

وإذا أوْصَى بفَرَسِه فى سَبِيلِ اللَّهِ، عزَّ وجلَّ، وأَلْفِ دِرْهَمٍ يُنْفَقُ عليه، فماتَ الفَرَسُ، فالأَلْفُ للوَرَثَةِ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ بطَلَتْ فيها؛ لعَدَمِ مَصْرِفِها. وإن أُنْفِق بَعْضُها، رُدَّ الباقِى إلى الوَرَثَةِ.

---

(١) سقط من: الأصل، س ٢، ف.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى م: «باتصاله».

(٤) فى م: «باتصال».

بابُ الرُّجوعِ فى الوَصِيَّةِ

يجوزُ الرُّجوعُ فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّها عَطِيَّةٌ لم تُزِلِ المِلْكَ ، فجاز الرُّجوعُ فيها ، كهِبَةٍ ما يُعْتَبَرُ قَبْضُه قبلَ قَبْضِه . ويجوزُ الرُّجوعُ فيها بالقَوْلِ والتَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه فَسْخُ عَقْدٍ قبلَ تَمامِه ، فجازَ بالقَوْلِ والتَّصَرُّفِ ، كفَسْخِ البَيْعِ فى الخِيَارِ . فإن قال : رَجَعْتُ فيها . أو : فَسَخْتُها . فهو رُجُوعٌ ؛ لأنَّه صَرِيحٌ فيه . وإن قال : هو حَرامٌ عليه . كانَ رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يكونُ حَرَامًا[1] وهو وَصِيَّةٌ . وإن قال : لوارِثى . فهو رُجُوعٌ ؛ لأَنَّ ذلك يُنَافِى كَوْنَه وَصِيَّةً .

فصل : وإن قال : هو تَرِكَتِى . لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأَنَّ المُوصَى به مِن تَرِكَتِه . وإن أَوْصَى به لآخَرَ ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لاحْتِمَالِ أن يكونَ ناسِيًا أو قاصِدًا للتَّشْرِيكِ . وإن قال : ما وَصَّيْتُ به لفُلَانٍ فهو لفُلَانٍ . كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه صَرَّحَ[2] برَدِّه إلى الآخَرِ .

فصل : وإن باعَه ، أو وَهَبَه ، [3]أو أَعْتَقَه[3] ، أو وَصَّى ببَيْعِه ، أوهِبَتِه ،

---

(١) من هنا يوجد خرم فى النسخة س ٢، حتى باب ميراث الحمل ، من كتاب الفرائض .
(٢) فى الأصل : « صريح » .
(٣ - ٣) سقط من : م .

أوعِتْقِه ، أو كِتابَتِه[1] ، كان[2] رُجُوعًا ؛ لأنَّه صَرَفَه عن المُوصَى له . وإن دَبَّرَه كانَ رُجُوعًا ؛ لأنَّه[3] أقْوَى مِن الوَصِيَّةِ ، لكونِ عِتْقِه يَتَنَجَّزُ[4] بالمَوْتِ . وإن عرَضَه للبَيْعِ ، أو رَهَنَه ، كانَ رُجُوعًا ؛ لأنَّه عَرَّضَه لزَوَالِ مِلْكِه . وفي الكِتَابَةِ والتَّدْبِيرِ والرَّهْنِ وَجْهٌ آخَرُ أنَّه ليس برُجُوعٍ ؛ لأنَّه لم يُخْرِجْه عن مِلْكِه .

فصل : وإن وَصَّى بثُلُثِ مَالِه ، ثم باعَ مَالَه ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ بثُلُثِ مَالِه عندَ المَوْتِ ، [٢٤٧ظ] لا بثُلُثِ المَوْجُودِ . وإن زَوَّجَه ، أو أجَرَه ، أوعَلَّمَه صِنَاعَةً ، لم يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يُنَافِي الوَصِيَّةَ به[5] . وإن وَطِئَ الجارِيَةَ ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَةٍ ، أشْبَهَ الاسْتِخْدَامَ . وإن غَسَلَ الثَّوْبَ أو لَبِسه ، أو جَصَّصَ الدَّارَ ، أو سَكَنَها ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يُزِيلُ الاسْمَ ، ولا يَدُلُّ على الرُّجُوعِ . وإن جَحَد الوَصِيَّةَ ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه عَقْدٌ ، فلم يَبْطُلْ بالجُحُودِ ، كسائرِ العُقُودِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ رُجُوعًا ؛ لأنَّه يَدُلُّ على إرادَةِ الرُّجُوعِ .

فصل : وإن وَصَّى بطَعامٍ مُعَيَّنٍ فخَلَطَه بغيرِه[6] ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه

---

(١) في ف ، م : « كاتبه » .

(٢) في م : « صار » .

(٣) بعده في ف : « كان » .

(٤) في م : « ينجز » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في الأصل : « في غيره » .

جعَلَه على صِفَةٍ لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه . وقال أبو الخَطَّابِ : ليس برُجُوعٍ . وإن وَصَّى بقَفِيزٍ مِن صُبْرَةٍ ، ثم خَلَط الصُّبْرَةَ بأُخْرَى ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه كانَ مُشَاعًا ، ولم يَزَلْ ، فهو باقٍ على صِفَتِه .

فصل : وإن وَصَّى بحِنْطَةٍ فزرَعَها أو طَحَنَها ، أو بدَقِيقٍ فخَبَزَه ، أو بخُبْزٍ فثَرَدَه ، أوجعَلَه فَتِيتًا ، أو بشَاةٍ فذَبَحَها ، أوبثَوْبٍ فقَطَعَه قَمِيصًا ، أو بخَشَبٍ ثم نَجَرَه بابًا ، أو بقُطْنٍ فغَزَلَه ، أو بغَزْلٍ فنَسَجَه ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه أزالَ اسْمَه ، وهَيَّأَهُ للانْتِفَاعِ به . وقال أبو الخطّابِ : ليس برُجُوعٍ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، أشْبَهَ غَسْلَ الثوبِ . وإن وَصَّى له بقُطْنٍ ، ثم حَشَا به فِرَاشًا ، أو بمَسامِيرَ ، فَسَمَرَ[1] بها بابًا ، أو بحَجَرٍ ، فبَناه فى حائطٍ ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه شغَلَه بمِلْكِه على وَجْهِ الاسْتِدَامَةِ . وإن وَصَّى له بعِنَبٍ ، فجَعَلَه زَبِيبًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يكونُ رُجُوعًا ؛ لأنَّه أزَالَ اسْمَه . والثانى ، ليس برُجُوعٍ ؛ لأنَّه أبْقَى له وأحْفَظُ على المُوصَى له . وإن وَصَّى بدَارٍ ثم هَدَمَها ، كان رُجُوعًا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ ، لا يكونُ رُجُوعًا ؛ بناءً على ما إذا طَحَن الحِنْطَةَ . وإنِ انْهَدمَتْ بنَفْسِها ، فكذلك إذا زالَ اسْمُها ، وإن لم يَزُلِ اسْمُها ، فالوَصِيَّةُ له[2] ثابِتَةٌ فيما بَقِىَ ، وفيما انْفَصَل وَجْهان .

فصل : وإن وَصَّى بأرْضٍ ، ثم زَرَعَها ، لم يكنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يُرادُ للبَقاءِ ، وقد يُحْصَدُ قبلَ المَوْتِ . وإن غَرَسَها أو بَنَاها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يكونُ رُجُوعًا ؛ لأنَّه جعَلَها لمَنْفَعَةٍ مُؤَبَّدَةٍ . والثانى ، لا يكونُ رُجُوعًا ؛ لأنَّه اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَةٍ ، أشْبَهَ الزِّراعَةَ . وإن وَصَّى له بسُكْنَى دارِه

(١) فى م : « ثم سمر » .
(٢) سقط من : م .

سَنةً ، ثم أَجَرَها ، فمات قبلَ انْقِضَاءِ الإجارَةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَسْكُنُ سَنةً بعدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإجارَةِ ؛ لأَنَّه مُوصًى له بسَنَةٍ . والثانى ، تَبْطُلُ[1] الوَصِيَّةُ بقَدْرِ ما بَقِيَ مِن مُدَّةِ الإجارَةِ ، وتَبْقَى فى الباقِى .

(١) بعده فى الأصل : « من » .

بابُ الأَوْصِيَاءِ

لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلَّا إلى عاقِلٍ ، فأمَّا المجْنُونُ والطِّفْلُ ، فلا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليهما ؛ لأَنَّهما ليسا مِن أهْلِ التَّصَرُّفِ فى أمْوَالِهما[1] ، فلا يجوزُ تَوْلِيَتُهما على غيرِهما .

ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى فاسِقٍ ؛ لأنَّه غيرُ مَأْمُونٍ . وعنه ، تَصِحُّ ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ [٢٤٨و] يَنْحَفِظُ به المالُ . قال القاضى : هذه الرِّوايَةُ مَحْمُولَةٌ على مَن طَرَأ فِسْقُه بعدَ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه[2] يَثْبُتُ فى الاسْتِدَامَةِ ما لا يَثْبُتُ فى الابْتِدَاءِ . واخْتَارَ القاضى أنَّه إذا طَرَأ الفِسْقُ أزَالَ الوِلايَةَ ؛ لأنَّ هذه أمانةٌ ، والفاسِقُ ليس مِن أهْلِها . وقال الخِرَقِىُّ : إذا كانَ خائنًا ، ضُمَّ إليه أَمِينٌ ؛ لأنَّه أمْكَنَ الجَمْعُ بينَ حِفْظِ المالِ بالأَمِينِ وتَحْصِيلِ نَظَرِ الوَصِىِّ بإبْقَائِه فى الوَصِيَّةِ[3] .

ولا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مُسْلِمٍ إلى كافِرٍ ؛ لأنَّه ليس مِن أهْلِ الوِلايَةِ على مسلم . وفى وَصِيَّةِ الكافِرِ [4]إلى الكافِرِ[4] وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ وَلِيًّا له ، فجاز أن يكونَ وَصِيًّا له ، كالمسلمِ . والثانى ، لا

---

(١) فى م : « مالهما » .

(٢) بعده فى الأصل : « لا » .

(٣) فى الأصل : « التصرف » .

(٤ - ٤) فى ف : « إليه » .

يجوزُ ؛ لأنَّه أسْوَأُ حالًا مِن الفاسِقِ . وتَصِحُّ وَصِيَّتُه إلى مسلمٍ ؛ لأنَّ المسلمَ مَقْبُولُ الشَّهادَةِ عليه وعلى غيرِه .

فصل : وتَصِحُّ وَصِيَّةُ الرجلِ إلى المرأةِ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أوْصَى إلى حَفْصَةَ[1] . ولأنَّها مِن أهْلِ الشَّهادَةِ ، فَأشْبَهَتِ الرَّجُلَ . وإلى الأعْمَى ؛ لأنَّه مِن أهلِ الشهادةِ والتَّصَرُّفِ[2] ، فأشْبَهَ البَصِيرَ . وإلى الضَّعِيفِ ؛ لذلك ، [3]إلَّا أنَّه[3] يُضَمُّ إليه أمِينٌ يُعِينُه .

وتَصِحُّ وَصِيَّةُ الرَّجُلِ إلى أُمِّ وَلَدِه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّها حُرَّةٌ عندَ نُفُوذِ الوَصِيَّةِ . وقال ابنُ حامِدٍ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى العَبْدِ ، سَواءٌ كانَ له أو لغيرِه ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَوْكِيلُه ، فأَشْبَهَ الحُرَّ . والمُكاتَبُ والمُدَبَّرُ والمُعَلَّقُ عِتْقُه بصِفَةٍ كالقِنِّ ؛ لأنَّهم عَبِيدٌ .

وفى الوَصِيَّةِ إلى الصَّبِىِّ العاقِلِ وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَوْكِيلُه ، فأَشْبَهَ الرَّجُلَ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه ليس مِن أهْلِ الشَّهادَةِ ، فلا يكونُ وَصِيًّا[4] ، كالفاسِقِ .

فصل : وتُعْتَبَرُ هذه الشُّرُوطُ حالَ العَقْدَ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّها شُرُوطٌ لعَقْدٍ ، فاعْتُبِرَتْ حالَ وُجُودِه ، كسائرِ العُقُودِ . والثانى ، تُعْتَبَرُ حالَ المَوْتِ ؛ لأنَّه حالُ ثُبُوتِ الوَصِيَّةِ ولُزُومِها ، فاعْتُبِرَتِ الشُّرُوطُ فيها ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥٩١.

(٢) فى م : « التصرفات » .

(٣ - ٣) فى ف : « لأنه » .

(٤) فى م : « وليا » .

كالوَصِيَّةِ له ، ولأنَّ شُروطَ الشَّهادَةِ تُعْتَبَرُ عندَ أدائِها ، لا عندَ تَحَمُّلِها ، فكذلك ههُنا . ولو كانَتِ الشُّروطُ مَوْجُودَةً عندَ الوَصِيَّةِ ، ثم عُدِمَتْ عندَ المَوْتِ ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّه يَخْرُجُ بذلك عن كَوْنِه مِن أهْلِ الوِلَايَةِ .

ويجوزُ أن يُوصِىَ إلى نَفْسَيْنِ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ ابنَ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، كَتَبَ فى وَصِيَّتِه : إنَّ مَرْجِعَ وَصِيَّتِى إلى اللَّهِ ، ثم إلى الزُّبَيْرِ وابْنِه عبدِ اللَّهِ[1] . ولأنَّها اسْتِنَابَةٌ فى التَّصَرُّفِ ، فجازَتْ إلى اثْنَيْنِ ، كالوَكَالَةِ . ويجوزُ أن يَجْعَلَ التَّصَرُّفَ إليهما جميعًا ، وإلى كُلِّ واحدٍ منهما مُنْفَرِدًا ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ مُسْتَفَادٌ بالإِذْنِ ، فجازَ ذلك فيه ، كالتَّوْكِيلِ . فإن جعَلَه إلى كلِّ واحِدٍ منهما ، فلكلِّ واحدٍ أن يَنْفَرِدَ بالتَّصَرُّفِ والحِفْظِ ، فإن ضَعُفَ أو فَسَقَ أو ماتَ ، فالآخَرُ على تصَرُّفِه ، ولا يُقَامُ غيرُ المَيِّتِ مُقامَه ؛ لأنَّ المُوصِىَ رَضِىَ بنَظَرِ هذا الباقِى . وإن جَعَلَ التَّصَرُّفَ إليهما جميعًا ، أو أطْلَق الوَصِيَّةَ إليهما ، لم يَجُزْ لأحَدِهما الانْفِرَادُ بالتَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بنَظَرِه وحدَه . وإن فَسَق أحدُهما ، أوجُنَّ ، أو ماتَ ، أقامَ الحاكِمُ مُقامَه أمِينًا ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَرْضَ بنَظَرِ أحَدِهما [٢٤٨ظ] وحدَه . وليس للحاكمِ أن يُفَوِّضَ الجميعَ إلى الباقِى ؛ لذلك . وإن مَاتا معًا ، فهل للحاكمِ تَفْوِيضُ ذلك إلى واحِدٍ ؟ فيه[2] وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يجوزُ ؛ لأنَّ حُكْمَ وَصِيَّتِهما سَقَطَ[3] بمَوْتِهما ، فكانَ الأمْرُ إلى الحاكمِ ، كمَن لم يكنْ له وَصِىٌّ .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/ ٢٨٢، ٢٨٣. وإسناده منقطع ؛ لأن عامر بن عبد اللّه لم يدرك عبد اللّه بن مسعود . وانظر الإرواء ٦/ ١٠١، ١٠٢.

(٢) فى م : « فيها » .

(٣) فى ف : « يسقط » .

والثانى، لا يجوزُ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَرْضَ بنَظَرِ واحدٍ. وإنِ اخْتَلَف الوَصِيَّانِ فى حِفْظِ المالِ، جُعِلَ فى مَكانٍ واحدٍ تحتَ نَظَرِهما[1]؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يَرْضَ بأحَدِهما، فلم يَجُزْ له الانْفِرادُ به، كالتَّصَرُّفِ. وإن أوْصَى إلى رَجُلٍ، وبعدَه إلى آخرَ، فهما وَصِيَّانِ، إلاَّ أن يقولَ: قد أخْرَجْتُ[2] الأوَّلَ. أو ما يَدُلُّ على ذلك؛ لِما ذَكَرْنا فى الوصيةِ له.

فصل: ويجوزُ أنْ يُوصِىَ إلى رَجُلٍ، فإن مات فإلى آخَرَ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال فى جَيْشِ مُؤْتَةَ: «أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ، فإن قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ، فإن قُتِلَ، فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بنُ رَوَاحَةَ»[3]. والوَصِيَّةُ فى مَعْنَى التَّأْمِيرِ. ولو قال: أنْتَ وَصِيٌّ، فإذا كَبِرَ ابْنِى، فهو وَصِيِّى. صَحَّ؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ، فجازَ مُوَقَّتًا، كالتَّوْكِيلِ. ومَن أُوصِىَ إليه فى مُدَّةٍ، لم يكنْ وَصِيًّا فى غيرِها؛ لذلك. فإذا أوْصَى إلى رجل وجَعَل له أن يُوصِىَ إلى مَن شاء، جاز. وله أن يُوصِىَ إلى مَن شاءَ مِن أهْلِ الوَصِيَّةِ؛ لأنَّه رَضِىَ باجْتِهَادِه وَوِلايَةِ مَن وَلَّاه. وإن نَهَاه عن الإيصَاءِ، لم يكنْ له أن يُوصِىَ، كما لو نَهَى الوَكِيلَ عن التَّوكِيلِ. وإن أطْلَق، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، له أن يُوصِىَ؛ لأنَّه قائمٌ مَقامَ الأبِ، فمَلَكَ ذلك كالأبِ. والثانيةُ، ليس له

---

(١) فى م: «نظريهما».

(٢) فى م: «خرجت».

(٣) بعده فى م: «رواه أحمد والنسائى».

والحديث أخرجه البخارى، فى: باب غزوة مؤتة من أرض الشام، من كتاب المغازى. صحيح البخارى ٥/ ١٨١، ١٨٢. والنسائى، فى: باب إذا قتل صاحب الراية هل يأخذ الراية غيره بغير أمر الإمام؟ من كتاب السير. السنن الكبرى ٥/ ١٨٠. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢٠٤، ٢٥٦، ٥/ ٢٩٩، ٣٠٠.

ذلك. اخْتَارَه أبو بَكرٍ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ؛ لأنَّه يتَصَرَّفُ بالتَّوْليةِ، فلم يكنْ له التَّفْويضُ مِن غيرِ إذْنٍ فيه، كالتَّوكِيلِ.

فصل: وللوَصِيِّ التَّوْكِيلُ فيما لم تَجْرِ العادَةُ أن يتَوَلَّاه بنَفْسِه. وهل له التَّوْكِيلُ فيما يتَوَلَّاه بنَفْسِه؟ على رِوايَتَيْنِ؛ (١بناءً على الوَكِيلِ١).

فصل: ولا تتِمُّ إلَّا بالقَبُولِ؛ لأنَّها[٢] وَصِيَّةٌ، فلا تَتِمُّ إلَّا بالقَبُولِ، كالوَصِيَّةِ له. ويجوزُ قَبُولُها ورَدُّها فى حَياةِ المُوصِى؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ، فجازَ قَبُولُه عَقِيبَ الإذْنِ، كالوَكالَةِ. ويجوزُ تأْخِيرُ قَبُولِها إلى ما[٣] بعدَ المَوْتِ؛ لأنَّه نَوْعُ وَصِيَّةٍ، فصَحَّ قَبُولُها بعدَ المَوْتِ، كالوَصِيَّةِ له.

فصل: وللمُوصِى عَزْلُ الوَصِيِّ متى شاء، وللوَصِيِّ عَزْلُ نَفْسِه متى شاءَ، فى حياةِ المُوصِى وبعدَ مَوْتِه؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّصَرُّفِ، (٤فمَلَكَ كلٌّ٤) واحدٍ منهما فَسْخَه، كالوَكَالَةِ. وذَكَر ابنُ أبى مُوسَى رِوايَةً أُخرَى، ليس للوَصِيِّ عَزْلُ نَفْسِه بعدَ مَوْتِ المُوصِى؛ لأنَّه غَرَّه بقَبُولِ وَصِيَّتِه، فعَزْلُ نَفْسِه إضْرَارٌ به، والضَّرَرُ مَدْفُوعٌ شَرْعًا.

فصل: إذا بَلَغ الصَّبِيُّ، فاخْتَلَف هو والوَصِيُّ فى النَّفَقَةِ، فالقَوْلُ قَوْلُ الوَصِيِّ؛ لأنَّه أمِينٌ، ويتَعَذَّرُ عليه إقامَةُ البَيِّنَةِ عليها، فإذا قال: أنْفَقْتُ عليك كلَّ سَنَةٍ مائَةً. فقال الصَّبِيُّ: بل خَمْسِينَ. فالقَوْلُ قَوْلُ المُنْفِقِ، إذا كان ما

(١ - ١) سقط من: م، وفى ف: «بناء على التوكيل».

(٢) فى م: «لأنه».

(٣) زيادة من: م.

(٤ - ٤) فى الأصل: «فلكل».

ادَّعاه قَدْرَ النَّفَقَةِ بالمَعْرُوفِ، وإن كان أَكْثَرَ، ضَمِنَ الزِّيادَةَ؛ لتَفْرِيطِه [٢٤٩و] بها. وإن[1] قال: أَنْفَقْتُ عليك منذُ سنَتَيْنِ[2]. فقالَ الصَّبِيُّ: ما مات أبِي إلَّا مِن سنةٍ. فالقولُ قولُ الصَّبِيِّ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ كَوْنُ الوَصِيِّ[3] أمِينًا فى السَّنَةِ المُخْتَلَفِ[4] فيها، والأَصْلُ عدَمُ ذلك. وإنِ اخْتَلفَا فى دَفْعِ المالِ إليه بعدَ بُلُوغِه، فالقَوْلُ قولُ الوَصِيِّ؛ لأنَّه أمِينٌ فى ذلك، فَقُبِلَ قَوْلُه فيه، كالنَّفَقَةِ، وكالمُودَعِ.

فصل: إذا مَلَك المَرِيضُ مَن يَعْتِقُ عليه، فحَكَى الخَبْرِيُّ[5] عن أحمدَ أنَّه يَعْتِقُ ويَرِثُ؛ لأنَّه إن مَلَكَهم بغيرِ عِوَضٍ، فلم يُضِعْ فى[4] عِتْقِهم شيئًا[6] مِن مالِه، فلم يُحْسَبْ[7] وَصِيَّةً لهم، كما لو وَرِثَهم، وإن مَلَكَهم بعِوَضٍ، فلم يَصِلْ إليهم، وإنَّما أتْلَفه المَرِيضُ على وَرَثَتِه، فهو كما لو بَنَى به مَسْجِدًا. وقال القاضى فيما مَلَكه بعِوَضٍ: إن خَرَج مِن الثُّلُثِ، عَتَق ووَرِث، وإلَّا عَتَق منه بقَدْرِ الثُّلُثِ، وما مَلَكه بغيرِ عِوَضٍ عَتَق بكلِّ حالٍ.

---

(١) بعده فى الأصل: «اختلفا».

(٢) فى ف: «سنين».

(٣) فى الأصل: «الصبى».

(٤) سقط من: الأصل.

(٥) فى م: «الحبرمى».

وهو عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله أبو حكيم الخبرى، فقيه شافعى، انتهت إليه الإمامة فى الفرائض وفى الأدب، يعرف العربية، ويكتب الخط الحسن، ويضبط الضبط الحسن، توفى سنة ست وسبعين وأربعمائة. طبقات الشافعية الكبرى ٥/ ٦٢، ٦٣. سير أعلام النبلاء ١٨/ ٥٥٨، ٥٥٩.

(٦) فى م: «شىء».

(٧) فى م: «يحتسب».

كِتابُ الفَرائِضِ

وهى[1] عِلْمُ المَوارِيثِ.

وقد أمَرَ النبىُّ ﷺ بتَعَلُّمِها[2]، وحَثَّ عليها على الخُصُوصِ، فروَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «تَعَلَّمُوا الفَرَائِضَ، وَعَلِّمُوهُ[3]، فَإِنَّه نِصْفُ العِلْمِ، وهُوَ يُنْسَى، وهُوَ أوَّلُ شىءٍ يُنْزَعُ مِن أُمَّتِى». رَواه ابنُ ماجه[4]. فإذا مات المَرْءُ، بُدِئَ بكَفَنِه وتَجْهِيزِه مُقَدَّمًا على ما سِواه، كما يُقَدَّمُ المُفْلِسُ بنَفَقَتِه على غُرَمائِه، ثم يُقْضَى دَيْنُه؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[5]. قال علىٌّ، رَضِىَ اللَّهُ عنه: إنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى أنَّ الدَّيْنَ قبلَ الوَصِيَّةِ. [6]رَواه التِّرْمِذِىُّ، وابنُ ماجه[6]. ولأنَّ الدَّيْنَ

---

(١) فى م: «هو».

(٢) فى الأصل: «بتعليمها».

(٣) بعده فى م: «الناس».

(٤) فى: باب الحث على تعليم الفرائض، من كتاب الفرائض. سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٨.

كما أخرجه الدارقطنى، فى أول كتاب الفرائض. سنن الدارقطنى ٤/ ٦٧. وضعفه فى الإرواء ٦/ ١٠٦، ١٠٧.

(٥) سورة النساء ١١.

(٦ - ٦) زيادة من: م.

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٢١.

تَسْتَغْرِقُه حاجَتُه ، فقُدِّمَ ، كمُؤْنَةِ تَجْهِيزِه . ثم تُنَفَّذُ وَصِيَّتُه ؛ للآيةِ ، ولأنَّ الثُّلُثَ بَقِيَ على حُكْمِ مِلْكِه ليُصْرَفَ فى حاجَتِه ، فقُدِّمَ على الميراثِ ، كالدَّيْنِ ، ثم ما بَقِيَ قُسِمَ على الوَرَثَةِ ؛ للآياتِ الثَّلاثِ فى سُورَةِ النِّساءِ[1] .

فصل : وأسْبَابُ التَّوارُثِ ثَلاثَةٌ ؛ رَحِمٌ ، ونِكَاحٌ ، ووَلَاءٌ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَد بالتَّوارُثِ بها . فأمَّا المُؤَاخاةُ فى الدِّينِ ، والمُوَالَاةُ فى النُّصْرَةِ ، و[2]إسْلامُ الرجلِ[2] على يَدِ الآخَرِ ، فلا يُورَثُ بها ؛ لأنَّ هذا كان فى بَدْءِ الإسْلامِ ثم نُسِخ بقولِه[3] تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَـٰبِ ٱللَّهِ ﴾[4] .

فصل : والمُجْمَعُ على تَوْرِيثِهم مِن الذُّكُورِ عَشَرَةٌ ؛ الابْنُ ، وابْنُه وإن نَزَل ، والأبُ ، وأَبُوه وإن عَلا ، والأخُ مِن كلِّ جِهَةٍ ، وابنُ الأخِ إلَّا مِن الأُمِّ ، والعَمُّ ، وابْنُه كذلك ، والزَّوْجُ ، ومَوْلَى النِّعْمَةِ . ومِن النِّساءِ سَبْعٌ ؛ الأُمُّ ، والجَدَّةُ ، والبِنْتُ ، وبِنْتُ الابْنِ ، والأُخْتُ ، والزَّوْجَةُ ، ومَوْلاةُ النِّعْمَةِ .

والمُخْتَلَفُ فى تَوْرِيثِهم أحَدَ عشَرَ صِنْفًا ؛ وَلَدُ البَناتِ ، ووَلَدُ الأخَواتِ ، وبَناتُ الإخْوَةِ ، وبَنُو الإخْوَةِ مِن الأُمِّ ، والعَمّاتُ ، والعَمُّ مِن الأُمِّ ، والأَخْوالُ ، والخَالَاتُ ، وأبو الأُمِّ[5] ، [٢٤٩ظ] وكلُّ جَدَّةٍ أدْلَتْ بأبٍ بينَ

---

(١) سورة النساء ١١، ١٢، ١٧٦.

(٢ - ٢) فى الأصل : « الإسلام » .

(٣) فى م : « لقوله » .

(٤) سورة الأنفال ٧٥، وسورة الأحزاب ٦.

(٥) فى الأصل : « الأخ » .

أُمَّيْنِ ، أو بأبٍ أعْلَى مِن الجدِّ ، فهؤلاء ومَن أدْلَى بهم يُسَمَّوْنَ ذَوِى الأرْحامِ ، ويَرِثُون عندَ عَدَمِ المُجْمَعِ على تَوْرِيثِهم ، على ما سَنَذْكُرُه[1] فى بابِه .

فصل : ويَنْقَسِمُ الوُرَّاثُ[2] إلى ذَوِى فَرْضٍ ، وعَصَبَةٍ ، وذَوِى رَحِمٍ ، فالرِّجالُ مِن المُجْمَعِ عليهم كلُّهم عَصَبَةٌ ، إلَّا الزَّوْجَ ، والأخَ مِن الأُمِّ ، والأبَ ، والجَدَّ مع الابْنِ ، والنِّساءُ المُنْفَرِداتُ عن إخْوَتِهِنَّ[3] ذَواتُ فَرْضٍ ، إلَّا مَوْلاةَ النِّعْمَةِ ، والأخَواتِ مع البَناتِ .

والفَرْضُ جُزْءٌ مُقَدَّرٌ ، والعَصَبَةُ يَرِثُ المالَ كلَّه إذا انْفَرَدَ ، فإن كان معه ذُو فَرْضٍ ، بُدِئَ به ، والباقِى للعَصَبَةِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « أَلْحِقُوا الفَرائِضَ بأَهْلِها ، فَمَا بَقِيَ فلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[4]. وإنِ اسْتَغْرقَتِ الفُروضُ المالَ ، سَقَط .

فلو خَلَّفَتِ المَرْأةُ زَوْجًا ، (٥وأُمًّا٥) ، وإخْوَةً لأُمٍّ ، وإخْوَةً لأبَوَيْنِ أو لأَبٍ ،

---

(١) بعده فى م : « إن شاء الله » .

(٢) فى الأصل ، ف : « الوارث » .

(٣) فى الأصل : « أخواتهن » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ميراث الولد من أبيه وأمه ، وباب ميراث ابن الابن إذا لم يكن ابن ، وباب ميراث الجد مع الأب والإخوة ، وباب ابنى عم أحدهما أخ للأم والآخر زوج ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨/ ١٨٧ - ١٩٠. ومسلم ، فى : باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣/ ١٢٣٣، ١٢٣٤.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فى ميراث العصبة ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٤٩. والدارمى ، فى : باب العصبة ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٣٦٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٩٢، ٣١٣، ٣٢٥.

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

كان للزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ السُّدُسُ ، وللإخْوَةِ للأُمِّ الثُّلُثُ ، وسَقَط الباقُون ؛ لأَنَّ اللَّهَ تعالى فَرَض هذه الفُروضَ لأَهْلِها ، فوَجَبَ دَفْعُها إليهم ، وجَعَل للعَصَبَةِ الباقِيَ ، ولم يَبْقَ شيءٌ . وهذه المسألةُ تُسَمَّى المُشَرَّكَةَ إذا كان الإخْوَةُ لأبوَيْنِ ؛ لأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، شَرَّكَ بينَ وَلَدِ الأُمِّ ووَلَدِ الأَبَوَيْنِ فى الثُّلُثِ[1] . وتُسَمَّى الحِمَارِيَّةَ ؛ لأَنَّ بَعْضَ الصَّحابَةِ قال : هَبْ أبَاهم كانَ حِمَارًا ، فَما زادَهم ذلك إلَّا قُرْبًا[2] . ويقالُ : إنَّ بَعْضَ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ قال ذلك لعُمَرَ وقد أسْقَطَهم ، فشَرَّكَ بَيْنَهم . ومَذْهَبُ علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، على ما قُلْنَاه[3] .

---

(١) أخرجه الدارمى ، فى : سننه ٢/ ٣٤٧، ٣٤٨. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ٤٠. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٥٥، ٢٥٦.

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٥٦.

(٣) أخرجه الدارمى ، فى : سننه ٢/ ٣٤٧. وسعيد ، فى : سننه ١/ ٤٠، ٤١. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٥٧.

بابُ ذَوِى الفُروضِ

وهم عَشَرَةٌ ؛ الزَّوْجان ، والأبَوان ، والجدُّ ، والجَدَّةُ ، والبِنْتُ ، وبِنْتُ الابْنِ ، والأُخْتُ مِن كلِّ جِهَةٍ ، والأخُ مِن الأُمِّ . فأمَّا الزَّوْجُ فله النِّصْفُ إذا لم يكنْ للمَيِّتَةِ وَلَدٌ ولا وَلَدُ ابْنٍ ، والرُّبُعُ إذا كان معه أحدُهما . وللزَّوْجَةِ والزَّوْجاتِ الرُّبُعُ مع عَدَمِ الوَلَدِ ووَلَدِ الابْنِ ، والثُّمُنُ مع أحَدِهما ؛ لقَوْلِه تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] . ووَلَدُ الابْنِ وَلَدٌ ، بدَليلِ قَوْلِه تعالى : ﴿يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ﴾[2] . و : ﴿يَٰبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾[3] . والأرْبَعُ مِن النِّساءِ كالواحِدَةِ ؛ لعُمُومِ اللَّفْظِ فيهِنَّ .

فصل : وأمَّا الأُمُّ ، فلها ثلاثةُ فُرُوضٍ ؛ الثُّلُثُ إذا لم يكنْ للمَيِّتِ وَلَدٌ ، ولا وَلَدُ ابْنٍ ، [1] ولا اثنان فصاعدًا مِن الإخْوَةِ والأخَواتِ . والسُّدُسُ[2] إذا

---

(١) سورة النساء ١٢.

(٢) سورة الأعراف ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥، سورة يس ٦٠.

(٣) سورة البقرة ٤٠، ٤٧، ١٢٢، سورة المائدة ٧٢، سورة طه ٨٠، سورة الصف ٦.

كان له وَلَدٌ ، (٣)أو وَلَدُ(٣) ابنٍ(١) ، أو اثْنان مِن الإِخْوَةِ والأَخَواتِ ؛ لقولِه تعالى :﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ۚ ﴾ [٢٥٠و] . وقِسْنَا الأخَوَيْن على الإِخْوَةِ ؛ لأنَّ كلَّ فَرْضٍ تعَيَّنَ بعَدَدٍ ، كان الاثْنانِ فيه بمَنْزِلَةِ الجَماعَةِ ، كفَرْضِ البناتِ والأخَواتِ . الفَرْضُ الثالثُ ، لها ثُلُثُ الباقِي بعدَ فَرْضِ الزَّوْجَيْنِ ، فى زَوْجٍ وأبَوَيْنِ ، وامْرَأةٍ وأبَوَيْنِ ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قَضَى بهذه القَضِيَّةِ ، فاتَّبَعَه عُثْمانُ ، وابنُ مَسْعُودٍ ، وَزَيْدٌ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . وتُسَمَّى هاتان المَسْألَتان العُمَرِيَّتَين ؛ لقَضاءِ عُمَرَ فيهما . ولأنَّ الفَرِيضَةَ جَمَعَتِ الأَبوين مع ذِى فَرْضٍ واحِدٍ ، فكان للأُمِّ ثُلُثُ الباقِى ، كما لو كان معهما(٤) بِنْتٌ .

فصل : وللأُمِّ حالٌ رابعٌ ، وهو إذا لاعَنها زَوْجُها ونَفَى وَلَدَها ، وتَمَّ اللِّعانُ بَيْنَهما ، انْتَفَى عنه ، وانْقَطَعَ تَعْصِيبُه منه ، ولم يَرِثْه هو ولا أحَدٌ مِن عَصَباتِه ، وتَرِثُ أُمُّه وذوو الفُروضِ منه فُرُوضَهم ، والباقِى لعَصَبَتِه ، وفيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، أنَّ عصَبتَه عَصَبَةُ أُمِّه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَا أَبْقَتِ الفُرُوضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »(٥) . وأَوْلَى الرِّجالِ به أقارِبُ أُمِّه . وعن علىٍّ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده فى الأصل : « مما ترك » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « ووالد » .

(٤) فى م : « معها » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩ .

رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه لمَّا رَجَم المرأةَ ، دَعَا أوْلِيَاءَها فقال : هذا ابْنُكم ، تَرِثُونَه ولا يَرِثُكم[1] . حكاه أحمدُ . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، أنَّ أُمَّه عصَبَتُه ، فإن لم تكنْ فعَصَبَتُها عَصَبَتُه ؛ لِمَا روَى واثِلَةُ بنُ الأَسْقَعِ عن النبىِّ ﷺ[2] قال : « تَحُوزُ[3] المرأةُ ثَلَاثَةَ مَوارِيثَ ؛ عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِى لَاعَنَتْ عَلَيْهِ » . قال التِّرْمِذِىُّ[4] : هذا حديثٌ حسنٌ . ولأنَّها قامَتْ[5] مَقامَ أبِيه فى انْتِسابِه إليها ، فقامت مَقامَه فى حِيَازَةِ مِيرَاثِه . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، لو مات ابنُ ابْنِ[6] مُلاعِنَةٍ ، وخَلَّفَ أُمَّه وجَدَّتَه المُلَاعِنَةَ ، لكان لأُمِّه الثُّلُثُ ، والباقِى لجَدَّتِه . ويُعايَى بها ، فيقالُ : جَدَّةٌ وَرِثَتْ مع أُمٍّ أَكْثَرَ منها . وإن خَلَّفَ ابنُ المُلَاعِنَةِ أُمَّه وأَخاه وخالَه ، فلأُمِّه الثُّلُثُ ، ولأخيه السُّدُسُ ، وباقيه له ؛ لأنَّه عصَبَةُ أُمِّه ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . والأُخْرَى ، الباقِى للأُمِّ . وإن لم يكنْ أخٌ ، فالباقِى للخالِ ، على إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ .

فصل : وللأبِ ثَلاثَةُ أَحْوالٍ ؛ حالٌ يَرِثُ فيها بالفَرْضِ المُجَرَّدِ ، وهى مع الابنِ أو ابنِه ، يَرِثُ السُّدُسَ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ١١/ ٣٤٨.

(٢) بعده فى م : « أنه » .

(٣) فى ف : « تحرز » .

(٤) فى : باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٦٧.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/ ١١٣. وابن ماجه ، فى : باب المرأة تحوز ثلاث مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٩٠، ٤/ ١٠٧. وإسناده ضعيف . انظر الإرواء ٦/ ٢٤.

(٥) فى الأصل : « أقامت » .

(٦) سقط من : الأصل .

﴿ ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ ﴾[(١)] . وحالٌ يَرِثُ فيها بالتَّعْصِيبِ المجرَّدِ ، وهى مع عَدَمِ الوَلَدِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ ﴾ . أضافَ الميراثَ إليهما ، ثم خَصَّ الأُمَّ منه بالثُّلُثِ ، دَلَّ على أنَّ باقِيَه للأبِ . والحالُ الثالِثُ ، يَجْتَمِعُ له الأمْران ؛ السُّدُسُ بالفَرْضِ ؛ للآيَةِ ، والباقِى بالتَّعْصِيبِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَا أَبْقَتِ الفُرُوضُ فلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[(٢)] . وهى مع إناثِ الوَلَدِ .

فصل : وللجَدِّ أحْوالُ الأبِ الثَّلاثَةُ ، وإذا اجْتَمَعَ مع الأُمِّ[(٣)] أحدُ الزَّوْجَيْنِ ، فللأُمِّ الثُّلُثُ [٢٥٠ظ] كامِلًا . وله حالٌ رابِعٌ ، وهى مع الإخْوَةِ مِن الأبوَيْنِ ، أو مِن الأبِ ، فإنَّه لا يُسْقِطُهم ؛ لأنَّهم يُدْلُون بالأبِ ، فلم يُسْقِطْهم ، كأُمِّ الأبِ ، ولكِنَّه يُقاسِمُهم كأخٍ ، ما لم تَنْقُصْه المُقاسَمةُ مِن الثُّلُثِ ، فإن نَقَصَتْه منه ؛ بأن زاد الإخْوَةُ على اثْنَيْنِ ، أو الأخَواتُ على أرْبَعَةٍ ، فله الثُّلُثُ ، والباقِى لهم . فإن كان معهم ذو فَرْضٍ ، أخَذَ فَرْضَه ، وجُعِلَ للجَدِّ الأحَظُّ مِن ثلاثةِ أشْياءَ ؛ المُقاسَمةُ كأخٍ ، أو ثُلُثُ الباقِى ؛ لأنَّ الفَرْضَ كالمُسْتَحَقِّ ، فصارَ الباقِى كجَمِيعِ المالِ ، أوسُدُسُ جميعِ المالِ ؛ لأنَّ وَلَدَ الصُّلْبِ لا يَمْنَعُونَه السُّدُسَ ، فوَلَدُ الأبِ أوْلَى .

ولا يُفْرَضُ للأَخَواتِ مع الجَدِّ ؛ لأنَّنا جعَلْنَاه كالأخِ ، فيُعَصِّبُ

---

(١) سورة النساء ١١.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩.

(٣) بعده فى الأصل : « أو » .

الأُخْتَ ، كالأخِ . ولا تَعُولُ مَسائلُه ؛ لذلك[1] ، إلَّا فى مسْألةٍ واحدةٍ تُسَمَّى الأَكْدَرِيَّةَ ؛ لتَكْدِيرِها أُصولَ زَيْدٍ ، حيث أعالَ مسائلَ الجدِّ ، وفَرَض للأُخْتِ معه ، وهى زَوْجٌ وأُمٌّ وأُخْتٌ وجَدٌّ ، فللزَّوْجِ النِّصْفُ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ ، وللجَدِّ السُّدُسُ ، ثم يُفْرَضُ للأُخْتِ النِّصْفُ ؛ لأنَّه لم يَبْقَ لها شيءٌ ، ولا مُسْقِطَ لها هلهُنا ، ثم يُجْمَعُ سُدُسُ الجَدِّ ونِصْفُ الأُخْتِ ، فيُقْسَمُ بينَهما على ثَلاثَةٍ ؛ لِئَلَّا تَفْضُلَ الأُخْتُ الجَدَّ ، فتُضْرَبُ الثَّلاثَةُ فى المسْألةِ وعَوْلِهَا ، وهى تِسْعَةٌ ، صارَت مِن سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ؛ للأُمِّ سِتَّةٌ ، وللزَّوْجِ تِسْعَةٌ ، وللجَدِّ ثمانِيَةٌ ، وللأُختِ أرْبَعةٌ . ولو كانَتْ أُمٌّ وأُخْتٌ وجَدٌّ ، فللأُمِّ الثُّلُثُ ، والباقِى بينَ الجَدِّ والأُخْتِ على ثَلاثَةِ أسْهُمٍ ، وتُسَمَّى الخَرْقَاءَ ؛ لكَثْرَةِ اخْتِلافِ الصَّحابَةِ فيها . ولو كان[2] مَكانَ الأُخْتِ أَخٌ ، كان المالُ بينَهم أثْلاثًا .

فصلٌ فى المُعَادّةِ[3] : ولدُ الأبِ إذا انْفَرَدُوا يقومون مَقامَ وَلَدِ الأَبَوَيْنِ فى مُقاسَمةِ الجدِّ ، فإنِ اجْتَمَعُوا ، فإنَّ ولَدَ الأبوَيْنِ يُعادُّون الجَدَّ بولَدِ الأبِ ؛ لأنَّ مَن حُجِب بولدِ الأبوَيْنِ وولدِ الأبِ إذا انْفَرَدُوا ، حُجِبَ بهما إذا اجْتَمَعَا ، كالأُمِّ . وما حَصَل لولدِ الأبِ ، أخَذَه منهم ولدُ الأبَوَيْن ؛ لأنَّهم أوْلَى بالإرْثِ منهم ، ولا شىءَ لولدِ الأبِ ، إلَّا أن [4]يكونَ ولدُ الأبوَين أُخْتًا واحِدَةً ، فيَرُدُّون عليها قَدْرَ فَرْضِها ، والباقِى[4]

---

(١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) المعادّة ؛ بالتشديد : المزاحمة .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(1) لهم. ولا يَتَّفِقُ هذا فى مسألةٍ فيها فَرْضٌ إلَّا أن يكونَ الفَرْضُ السُّدُسَ. فإذا اجْتَمَعَ أخَوان مِن الجِهَتَين وجَدٌّ (1)، اقْتَسَمُوا (2) أثْلاثًا، ثم أخَذ الأخُ للأبوين ما حَصَل لأخِيه. فإن كان مكانَ الأخوَيْنِ أُخْتان، اقْتسمُوا أرْباعًا، ثم أخَذَتِ الأُخْتُ للأَبوَيْنِ ما حَصَل لأُخْتِها، لتَسْتَكْمِلَ النِّصْفَ. فإن كان مع التى مِن قِبَلِ الأبِ أخُوها، اقْتَسَمُوا أسْداسًا، ثم أخَذَتْ منهما (3) تَمامَ فَرْضِها، يَبْقَى لهما السُّدُسُ على ثَلاثَةٍ، وتَصِحُّ مِن ثَمانِيَةَ عَشَرَ. فإن كان معهم أُمٌّ، فلها السُّدُسُ، وتَفْعَلُ فيما بَقِى كما فَعَلْتَ فى أصْلِ المالِ، فتَصِحُّ مِن مِائَةٍ وثَمانِيَةٍ. وإن شِئْتَ، فرَضْتَ للجَدِّ ثُلُثَ الباقِى بعدَ السُّدُسِ، ولا ثُلُثَ له، فتَضْرِبُ ثَلاثَةً فى سِتَّةٍ، تكنْ ثَمانِيَةَ عَشَرَ؛ للأُمِّ ثَلاثَةٌ، وللجَدِّ خَمْسَةٌ، وللأُخْتِ النِّصْفُ تِسْعَةٌ، يَبْقَى سَهْمٌ بينَ الأخِ وأُخْتِه على ثَلاثَةٍ، تَضْرِبُها فى ثَمانِيَةَ عَشَرَ، تكنْ أرْبَعَةً وخَمْسِينَ، وتُسَمَّى مُخْتَصَرَةَ زيدٍ؛ لاخْتِصارِها مِن مِائَةٍ وثمانِيَةٍ إلى أرْبَعَةٍ وخَمْسِينَ. ولو كانَتْ أُمٌّ، وجَدٌّ، وأُخْتٌ [251و] لأَبوَيْنِ، وأَخَوان، وأُخْتٌ لأبٍ، لصَحَّتْ مِن تِسْعِينَ، وتُسَمَّى تِسْعِينِيَّةَ زَيْدٍ؛ لصِحَّتِها مِن تِسْعِين على مَذْهَبِه.

فصل: وللجَدَّةِ السُّدُسُ - وإنْ كَثُرْنَ، لم يُزَدْنَ على السُّدُسِ (4) - فَرْضًا؛ لِما روَى قَبِيصَةُ بنُ ذُؤَيْبٍ، قال: جاءَتِ الجَدَّةُ إلى أبى بكرٍ تَطْلُبُ

(1 - 1) سقط من: الأصل.

(2) بعده فى الأصل: «المال».

(3) فى الأصل: «منها».

(4) بعده فى م: «شيئا».

مِيراثَها ، فقال : مَا لَكِ فى كتابِ اللَّهِ شىءٌ ، ومَا أعْلَمُ لك فى سُنَّةِ رسولِ اللَّهِ ﷺ شيئًا ، ولكنِ ارْجِعِى حتى أسْأَلَ الناسَ . فقال المُغِيرَةُ بنُ شُعْبَةَ : حَضَرْتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ أعْطَاهَا السُّدُسَ . فقال : هل معك غَيْرُك ؟ فشَهِدَ له مُحَمَّدُ بنُ مَسْلَمَةَ ، فأمضاه لها أبو بكرٍ ، فلمَّا كان عُمَرُ جاءَتِ الجَدَّةُ الأُخْرَى ، فقال[1] عُمَرُ : ما لَكِ فى كتابِ اللَّهِ شىءٌ ، وما كان القَضَاءُ الذى قُضِىَ به إلَّا فى غيرِكِ ، وما أنا بزائدٍ فى الفَرَائِضِ شيئًا ، ولكنْ هو ذاكَ السُّدُسُ ، فإنِ اجْتَمَعْتُما ، فهو لكما ، وأَيَّتُكما خَلَتْ به ، فهو لها . قال التِّرْمِذِىُّ[2] : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ .

ولا يَرِثُ مِن الجَدَّاتِ أكْثَرُ مِن ثَلاثٍ ؛ أُمُّ الأُمِّ ، وأُمُّ الأبِ ، وأُمُّ الجَدِّ ، ومَن كان مِن أُمَّهاتِهِنَّ وإن عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، فلَهُنَّ السُّدُسُ إذا تَحاذَيْنَ فى الدَّرَجَةِ ؛ لِما رَوَى سعيدٌ[3] بإسْنادِه عن إبْرَاهِيمَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ وَرَّثَ ثَلاثَ

---

(١) بعده فى ف : « لها » .

(٢) فى : باب ما جاء فى ميراث الجدة ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/٢٥١ - ٢٥٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/ ١٠٩، ١١٠. وابن ماجه ، فى : باب ميراث الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٩، ٩١٠. والإمام مالك ، فى : باب ميراث الجدة ، من كتاب الفرائض . الموطأ ٢/ ٥١٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٢٢٥، ٢٢٦، دون قصة عمر . والذى قاله الترمذى عقب الحديث : وفى الباب عن بريدة ، وهذا أحسن ، وهو أصح من حديث ابن عيينة . والحديث إسناده ضعيف . انظر العلل للدارقطنى ١/ ٢٤٨، ٢٤٩. الإرواء ٦/ ١٢٤.

(٣) فى : باب الجدات . السنن ١/ ٥٤.

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى الجدات ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٣٥٨. والدارقطنى ، فى : سننه ٤/ ٩٠. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٣٦.

جدَّاتٍ ، ثِنْتَيْنِ مِن قِبَلِ الأبِ ، وواحِدَةً مِن قِبَلِ الأُمِّ . قال إبْراهِيمُ : كانُوا يُوَرِّثُونَ مِن الجدَّاتِ ثَلاثًا . وهذا يَدُلُّ على أنَّه لا يَرِثُ أكْثَرُ مِن ثلاثٍ . وأجْمَعَ أهلُ العِلْمِ على أنَّ أُمَّ أبِى الأُمِّ لا تَرِثُ ، وكذلك كُلُّ جَدَّةٍ أدْلَتْ بأبٍ بينَ أُمَّيْنِ ؛ لأنَّها تُدْلِى بغيرِ وارِثٍ . قال الشَّعْبِىُّ : إنَّما طُرِحَتْ أُمُّ أبِى الأُمِّ ؛ (١)لأنَّ أبا الأُمِّ لا يَرِثُ . ولا تَرِثُ جَدَّةٌ(١) تُدْلِى بأبٍ أعْلَى مِن الجدِّ ؛ لأنَّها خارِجَةٌ عن الثَّلاثِ اللَّاتِى وَرَّثَهُنَّ النبىُّ ﷺ . ويَحْتَمِلُ كَلامُ الخِرَقِىِّ تَوْرِيثَها ؛ لأنَّها تُدْلِى بوارِثٍ .

وإن كان بعضُ الجدّاتِ أقْرَبَ مِن بعضٍ ، فالميراثُ لأقْرَبِهنَّ ؛ لأنَّ الجَدَّاتِ أُمَّهاتٌ يَرِثْنَ مِيراثَ الأُمِّ ، ولذلك(٢) سقَطْنَ بها . فإذا اقْتَرَبَ بعْضُهُنَّ ، أُسْقِطَتِ البُعْدَى ، كما لو كانَتِ القُرْبَى مِن جِهَةِ الأُمِّ . وعنه ، أنَّ القُرْبَى مِن جِهَةِ الأُمِّ تُسْقِطُ البُعْدَى مِن جِهَةِ الأَبِ ، والقُرْبَى مِن جِهَةِ الأبِ لا تُسْقِطُ البُعْدَى مِن جِهَةِ الأُمِّ ؛ لأنَّها تُدْلِى بمَن لا يُسْقِطُها ، وهو الأبُ ، فأوْلَى أن لا تكونَ هى مُسْقِطَةً لها .

وتَرِثُ الجَدَّةُ وابْنُها حَىٌّ ، سَواءٌ كان أبًا (٣)أو جَدًّا(٣) ؛ لِما روَى سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ(٤) بإسْنادِه عنِ ابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ أوَّلَ جَدَّةٍ أُطْعِمَتِ السُّدُسَ أُمُّ أَبٍ مع ابْنِهَا . ورَواه التِّرْمِذِىُّ(٥) ، ولَفْظُه قال : أَوَّلُ جَدَّةٍ أَطْعَمَها

(١ - ١) فى ف : « لأنها » .
(٢) فى م : « كذلك » .
(٣ - ٣) فى الأصل : « واحدا » .
(٤) فى : سننه ١/ ٥٧ .
(٥) فى : باب ما جاء فى ميراث الجدة مع ابنها ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى =

رسولُ اللَّهِ ﷺ السُّدُسَ الجدَّةُ مع ابنِها وابْنُهَا حَيٌّ . وعنه ، لا تَرِثُ ؛ لأنَّها تُدْلِى به ، فلا تَرِثُ معه ، كالجَدِّ .

والجَدَّاتُ المُتَحاذِياتُ ؛ أُمُّ أُمِّ أُمٍّ ، وأُمُّ أُمِّ أبٍ ، وأُمُّ أَبِى أَبٍ ، السُّدُسُ بَيْنَهُنَّ أَثْلاثًا . فإنْ أدْلَتْ جَدَّةٌ بقَرابتَيْنِ ، وأُخْرَى بقَرابَةٍ واحِدَةٍ ، فلذَاتِ القَرابتَين ثُلُثا السُّدُسِ فى قِيَاسِ قولِ أحمدَ ، وللأُخْرَى ثُلُثُه ؛ لأنَّها [٢٥١ظ] شَخْصٌ ذُو قَرابتَيْنِ ، فوَرِثَ[(١)] بكلٍّ واحدَةٍ منهما مُنْفَرِدَةً ، فإذا اجْتَمَعَا ولم يُرَجَّحْ بهما[(٢)] ، وَرِث بهما ، كابْنِ العَمِّ إذا كان أخًا لأُمٍّ ، أو زَوْجًا .

فصل : فأمَّا البَناتُ ، فلَهُنَّ الثُّلُثان وإن كَثُرْنَ ، وللواحِدَةِ إذا انْفَرَدَتِ النِّصْفُ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾[(٣)] . وحُكْمُ الثِّنْتَيْنِ[(٤)] حُكْمُ ما زاد عليهما ؛ لِما روَى جابرُ بنُ عبدِ اللَّهِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : جاءَتِ امرأةُ سَعْدِ بنِ الرَّبِيعِ بابْنَتَيْها إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ فقالت : يا رسولَ اللَّهِ ، هاتان ابْنَتا سعدِ بنِ الرَّبِيعِ ، قُتِلَ أبُوهما معكَ يومَ أُحُدٍ شَهِيدًا ، وإنَّ عَمَّهما أَخَذ مالَهما فلم يَدَعْ لهما مالًا ، ولا يَنْكِحان إلَّا ولهما مالٌ . قال : « يَقْضِى اللَّهُ فى ذلك » . فنزَلَتْ آيَةُ الميراثِ ، فبَعَثَ رسولُ اللَّهِ ﷺ إلى عَمِّهما ، فقال :

= ٨/ ٢٥٣، ٢٥٤. وقال : هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه .

كما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٢٦.

(١) فى الأصل ، م : « تورث » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ١١.

(٤) فى م : « البنتين » ، والنقط غير واضح فى الأصل .

« أَعْطِ ابْنَتَىْ سَعْدٍ الثُّلُثين ، وأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمُنَ ، وما بَقِىَ فَهُوَ لَكَ » . رَواه أبو داودَ[1] .

فصل : وبَناتُ الابْنِ كبنَاتِ الصُّلْبِ سَواءً ، إنْ لم يكنْ للمَيِّتِ وَلَدٌ مِن صُلْبِه ، للواحِدَةِ النصفُ ، وللثِّنْتَين فصاعِدًا الثُّلُثَانِ ؛ لأَنَّهُنَّ بنَاتٌ ، لأنَّ كلَّ مَوْضِعٍ سَمَّى اللَّهُ (٢عزَّ وجَلَّ٢) الوَلَدَ دخَلَ فيه وَلَدُ الابْنِ . وإنْ كانَ مِن وَلَدِ الصُّلْبِ بِنْتٌ واحِدةٌ ، فلَها النِّصْفُ ، ولبَناتِ الابْنِ – واحِدَةً كانَتْ أو أكْثَرَ – السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَين ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى لم يَفْرِضْ للبَنَاتِ إلَّا الثُّلُثَين ، وهؤلاء بَناتٌ ، وقد سبَقَتْ بنتُ الصُّلْبِ فأخذَتِ النِّصْفَ ؛ لأنَّها أعْلَى دَرَجةً مِنْهُنَّ ، فكان الباقِي لهنَّ السُّدُسُ ، ولهذا يُسَمِّيه الفُقَهاءُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَين . وقد رَوَى الهُزَيْلُ قال : سُئِلَ أبو مُوسَى ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، عن ابْنَةٍ[3] ، وابْنَةِ[3] ابْنٍ ، وأُخْتٍ ، فقال : للابنةِ[4] النِّصْفُ ، وللأُخْتِ النِّصْفُ ، وائْتِ ابْنَ مسعودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . فسُئِلَ ابنُ مسعودٍ – وأُخْبِرَ بقولِ أبي مُوسَى – فقال : لقد ضَلَلْتُ إذًا وما أنا مِن المُهْتَدِين . (٥ثم قال :٥)

---

(١) في : باب ما جاء في ميراث الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ٢/ ١٠٩ .
كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في ميراث البنات ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٤٣ . وابن ماجه ، في : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٨، ٩٠٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/ ٣٥٢ . وإسناده حسن . انظر الإرواء ٦/ ١٢٢ .

(٢ – ٢) في م : « فيه » .

(٣) في م : « بنت » .

(٤) في م : « للبنت » .

(٥ – ٥) سقط من : م .

أَقْضِى فيها بما قَضَى رسولُ اللَّهِ ﷺ ؛ للابنةِ[1] النِّصْفُ ، ولابنةِ[2] الابْنِ السُّدُسُ [3]تَكْمِلَةَ الثُّلُثَين[3] ، وما بَقِيَ فللأُخْتِ . [3]فأَتَيْنا أبا موسى ، فأَخْبَرْناه بقولِ ابنِ مسعودٍ ، فقال : لا تَسْأَلُونى ما دامَ هذا الحَبْرُ فيكم[3] . رَواه[4] البُخارِىُّ[5] .

فصل : وللأُخْتِ للأبوَيْنِ النِّصْفُ ، وللبِنْتَين[6] فصاعِدًا الثُّلُثان ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهَا وَلَدٞۚ فَإِن كَانَتَا ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَۚ ﴾[7] . وحُكْمُ الأخَواتِ مِن الأبِ إذا انْفَرَدْنَ حُكْمُ الأخَواتِ مِن الأبَوَين سَواءً ؛ لدُخُولِهِنَّ فى لَفْظِ الآيَةِ . وإنِ اجْتَمَعَ الأخَواتُ مِن الجِهَتَين ، فحُكْمُ وَلَدِ الأبِ

---

(١) فى م : « للبنت » .

(٢) فى م : « لبنت » .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

(٤) بعده فى م : « أحمد و » .

(٥) فى : باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ، وباب ميراث الأخوات مع البنات عصبة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ١٨٨/٨ - ١٩٠.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى ميراث الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/ ١٠٨. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ميراث ابنة الابن ....، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٤٤، ٢٤٥. وابن ماجه ، فى : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩٠٩. والدارمى ، فى : باب فى بنت وابنة ابن ....، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٣٤٨، ٣٤٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣٨٩، ٤٢٨، ٤٤٠، ٤٦٣.

(٦) فى حاشية ف : « كذا ولعله : وللأختين » . ولعله أصح . انظر : الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٧٧/١٨ .

(٧) سورة النساء ١٧٦.

مع وَلَدِ الأبَوَين حُكْمُ بَناتِ الابْنِ مع بَناتِ الصُّلْبِ سَواءً ؛ لأَنَّهُنَّ فى مَعْنَاهُنَّ .

فإنِ اجْتَمعَ الأَخَواتُ مع البَناتِ ، صار الأخَواتُ عَصَبَةً ، لَهُنَّ ما فَضَل ، وليس لَهُنَّ معهُنَّ فَرِيضَةٌ مُسَمَّاةٌ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . فشَرَطَ [٢٥٢و] فى فَرْضِها عَدَمَ الوَلَدِ ، فاقْتَضَى أن لا يُفْرَضَ لها مع وُجُودِه ، و[1]لِما ذكَرْنا مِن حَدِيثِ الهُزَيْلِ .

فصل : فأمَّا وَلَدُ الأُمِّ ، فلواحِدِهم السُّدُسُ ، ذَكَرًا كان أو أُنْثَى ، وللاثْنَيْنِ السُّدُسان ، فإن كثُروا ، فهم شُرَكاءُ فى الثُّلُثِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾[2] . يَعْنى وَلَدَ الأُمِّ بإجْماعِ أَهْلِ العلمِ ، وفى قِراءَةِ عبدِ اللَّهِ وسعدٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما : (وله أخٌ أو أُخْتٌ مِن أمٍّ)[3] .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النساء ١٢.

(٣) أخرجه الدارمى ، فى : سننه ٢/ ٣٦٦. والبيهقى ، فى : سننه ٦/ ٢٣١. وابن جرير ، فى : تفسيره ٤/ ٢٨٧. كلهم عن سعد . وقال الحافظ : ولم أره عن ابن مسعود . التلخيص الحبير ٣/ ٨٦.

بابُ ما[1] يُسقِطُ ذوِى الفُروضِ

تَسْقُطُ بَناتُ الابْنِ بالابْنِ، ويَسقُطْنَ باسْتِكْمَالِ البَناتِ الثُّلُثَين، إلَّا أن يكونَ مَعَهُنَّ أو أنْزَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ فَيُعَصِّبَهُنَّ فيما بَقِىَ، للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَينِ. وابْنُ ابنِ[2] الابْنِ يُعَصِّبُ مَن فى دَرَجَتِه، ومَن أعْلَى منه مِن عَمَّاتِه، وبَناتِ عَمِّ أبيه إذا لم يكنْ لَهُنَّ فَرْضٌ، ولا يُعَصِّبُ مَن أَنْزَلُ منه. وإذا كان أرْبَعُ بَناتِ ابْنٍ بَعْضُهُنَّ أَنْزَلُ مِن بَعْضٍ، سقَطَتِ الثَّالِثَةُ والرَّابِعَةُ؛ لاسْتِكْمَالِ مَن فَوْقَهما الثُّلثَين. فإن كان مع الرَّابِعَةِ أخُوها، أو[3] ابْنُ عَمِّها، فللأُولَى النِّصْفُ، وللثَّانِيَةِ السُّدُسُ، والباقى للثَّالِثَةِ والرَّابِعَةِ[4] وأخيها بينَهم على أرْبَعَةٍ، وتَصِحُّ مِن اثْنَىْ عَشَرَ.

وتَسْقُطُ[5] الجَدَّاتُ مِن كلِّ جِهَةٍ بالأُمِّ؛ لأنَّهُنَّ يَرِثْنَ مِن جِهَتِها، لكونِهِنَّ أُمَّهاتٍ، فيَسْقُطْنَ بها كما يَسْقُطُ الجَدُّ بالأَبِ.

فصل: ويَسْقُطُ وَلَدُ الأبَوَين بثلاثةٍ؛ بالابنِ، وابنِ الابنِ، والأبِ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى شَرَط[6] فى تَوْرِيثِهم عدَمَ الوَلَدِ بقولِه سبحانه: ﴿ إِنِ ٱمْرُؤٌا

(١) فى ف، م: «من».

(٢) سقط من: ف.

(٣) فى الأصل: «و».

(٤) بعده فى م: «وأختها».

(٥) بعده فى الأصل: «من».

(٦) فى الأصل: «قال».

هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾[1] . فلم يَجْعَلْ لها مُسَمًّى مع الولدِ ، وإنَّما أخذَتِ الفاضِلَ عن البَناتِ ، والابْنُ لا يَفْضُلُ عنه شيءٌ ، فسَقَطْنَ[2] به ، وكذلك ابْنُه ؛ لأنَّه ابْنٌ . ويَسْقُطُونَ بالأبِ ؛ لأنَّهم يُدْلُونَ به . وكلُّ مَن أدْلَى بشَخْصٍ سَقَط به ، إلَّا وَلَدَ الأُمِّ ، والجَدَّةَ مِن جِهَةِ الأَبِ .

ويَسْقُطُ وَلَدُ الأَبِ بهؤلاءِ الثَّلاثَةِ ؛ لذلك ، وبالأخِ مِن الأبَوَيْنِ ؛ لِما رُوِىَ عن عليٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بالدَّيْنِ قبلَ الوَصِيَّةِ ، وأنَّ أعْيانَ بَنِى الأُمِّ يَتوارَثُون دُونَ بَنِى العَلَّاتِ ، الرَّجُلُ يَرِثُ أخاه لأبِيه وأُمِّه دُونَ أَخِيه لأبِيه . أخْرَجَه التِّرْمِذِىُّ[3] .

وتَسْقُطُ الأَخَواتُ مِن الأَبِ باسْتِكْمالِ الأخَواتِ للأبوين الثُّلُثَين ، إلَّا أن يكونَ معَهُنَّ أخٌ لَهُنَّ ، فيُعَصِّبَهُنَّ فى الباقِى ؛ للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، كبَناتِ الابْنِ مع البَناتِ .

فصل : ويَسْقُطُ وَلَدُ الأُمِّ بأَرْبَعَةٍ ؛ بالوَلَدِ ، ذَكَرًا كانَ أو أُنْثَى ، ووَلَدِ الابْنِ ، والأَبِ ، والجَدِّ ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى شَرَطَ فى تَوْرِيثِهم كَوْنَ المُوَرِّثِ[4] كَلالَةً ، بقولِه تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ [٢٥٢ظ]

---

(١) سورة النساء ١٧٦.

(٢) فى ف : « فسقطت » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١.

(٤) فى ف ، م : « الموروث » .

ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ﴾ . والكَلالَةُ مَن لا وَلَدَ له ولا والِدَ فى قولِ بعضِ أهلِ العلمِ . وفى قَوْلِ بعضِهم هو اسْمٌ لمن عدا الوَلَدِ والوالِدِ مِن الوُرّاثِ[1] ، فيَدُلُّ على أنَّهم لا يَرِثُونَ مع وَلَدٍ ولا والِدٍ .

فصل : ومَن لم يَرِثْ لمعْنًى فيه - وهو الرَّقِيقُ ، والقاتِلُ ، والمُخالِفُ فى الدِّينِ - لم يَحْجُبْ غيرَه ؛ لأنَّه ليس بوارِثٍ ، فلم يَحْجُبْ ، كالأجْنَبِيِّ .

---

(١) فى الأصل ، ف : « الوارث » .



بابُ أُصولِ سِهامِ الفَرائِضِ

الفُرُوضُ المَذْكُورَةُ فى كتابِ اللَّهِ تعالى النِّصْفُ، والرُّبُعُ، والثُّمُنُ، والثُّلُثان، والثُّلُثُ، والسُّدُسُ، وهى تَخْرُجُ مِن سَبْعَةِ أُصُولٍ؛ أرْبَعَةٌ لا تَعُولُ، وثَلاثَةٌ تَعُولُ؛ لأنَّ كلَّ فَرْضٍ انْفَرَدَ فأصْلُه مِن مَخْرَجِه، وإنِ اجْتَمَعَ معه فَرْضٌ مِن جِنْسِه، فأَصْلُها[1] مِن مَخْرَجِ أقَلِّهما؛ لأنَّ مَخْرَجَ الكبيرِ داخِلٌ فى مَخْرَجِ الصَّغِيرِ. وإنِ اجْتَمَعَ معه فَرْضٌ مِن غيرِ جِنْسِه، ضَرَبْتَ مَخْرَجَ أحَدِهما فى مَخْرَجِ الآخَرِ إنْ لم يتَوافَقا، فَما ارْتَفَعَ، فهو أصْلٌ لهما، أو وَفْقَ أحَدِهما فى جميعِ الآخَرِ إن تَوافَقا، فلذلك صارَتِ الأُصُولُ سَبْعَةً، النِّصْفُ وحدَه مِن اثْنَين، والثُّلُثُ أو[2] الثُّلُثَانِ مِن ثَلاثَةٍ، والرُّبُعُ وحدَه أو مع النِّصْفِ مِن أرْبَعَةٍ، والثُّمُنُ وحدَه أو مع النِّصْفِ مِن ثَمانِيَةٍ. وهذه الأرْبَعَةُ التى لا تَعُولُ؛ لأنَّ العَوْلَ فَرْعُ ازْدِحامِ الفُرُوضِ، ولا يُوجَدُ ذلك هلهُنا.

وإنِ اجْتَمَعَ مع الفَرْضِ مِن غيرِ جِنْسِه، كالنِّصْفِ يَجْتَمِعُ مع أحَدِ الثَّلاثَةِ؛ السُّدُسُ، أو الثُّلُثُ، أو[3] الثُّلُثَان، فأصْلُها[1] مِن سِتَّةٍ؛ لأنَّك إذا

---

(١) فى م: «فأصلهما».

(٢) فى ف: «و».

(٣) فى م: «و».

ضَرَبْتَ مَخْرَجَ النِّصْفِ فى مَخْرَجِ الثُّلُثِ، صارَ سِتَّةً، ويَدْخُلُ العَوْلُ هذا الأَصْلَ؛ لازْدِحَامِ الفُرُوضِ فيه. وإنِ اجْتَمعَ مع الرُّبُعِ أحَدُ الثَّلَاثَةِ، فأَصْلُها مِن اثْنَىْ عَشَرَ؛ لأنَّكَ إذا ضَرَبْتَ مَخْرَجَ الرُّبُعِ فى[1] مَخْرَجِ الثُّلُثِ أو وَفْقِ مَخْرَجِ السُّدُسِ، كانَتِ اثْنَىْ عَشَرَ. وإنِ اجْتَمعَ مع الثُّمُنِ سُدُسٌ، أو ثُلُثان، فأَصْلُها[2] مِن أرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ؛ لِمَا ذَكَرْنا. وتَعُولُ هذه الأُصُولُ الثَّلَاثَةُ.

ومَعْنَى العَوْلِ نَقْصُ الفُرُوضِ لازْدِحامِها وضِيقِ المالِ عنها، وقِسْمَتُه بينَهم على قَدْرِ فُرُوضِهم. وطَرِيقُ العَمَلِ فيها أن تأْخُذَ لكلِّ ذِى فَرْضٍ فَرْضَه مِن أصْلِ مَسْأَلَتِه، ثم تَجْمَعَ السِّهَامَ كلَّها، فتَقْسِمَ المالَ عليها[3]، فيَدْخُلَ النَّقْصُ على كلِّ ذى فَرْضٍ بقَدْرِ فَرْضِه، كما تَصْنَعُ فى الوَصايَا الزائدَةِ على الثُّلُثِ، وفى قِسْمَةِ مالِ المُفْلِسِ على دُيونِه. وهذا قَوْلُ عامَّةِ الصَّحابَةِ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم، إلَّا ابنَ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما.

فصل: وأَصْلُ السِّتَّةِ يُتَصَوَّرُ عَوْلُه إلى عَشَرَةٍ، ولا يَعُولُ إلى أكْثَرَ منها، ومِثالُ العَوْلِ؛ زَوْجٌ، وأُخْتٌ لأبَوَيْن، وأُخْتٌ لأَبٍ، أصْلُها سِتَّةٌ؛ للزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلاثَةٌ، وللأُخْتِ للأبَوَيْنِ ثَلاثَةٌ، وللأُخْتِ للأَبِ السُّدُسُ سَهْمٌ، عالَتْ إلى سَبْعَةٍ. فإنْ كان مَكانَ الأُخْتِ [٢٠٣و] للأَبِ أُمٌّ، فلها الثُّلُثُ، وعالَت إلى ثَمانِيَةٍ، وتُسَمَّى مَسْأَلَةَ المُباهَلَةِ؛ لأنَّها أوَّلُ مَسْأَلةٍ عائلةٍ

---

(١) فى ف: «و».
(٢) فى ف: «فاجعلها».
(٣) فى الأصل: «عليهم».

حدَثَتْ فى زَمَنِ عُمَرَ، فجَمَعَ الصَّحابَةَ للمَشُورَةِ فيها، فقال العَبَّاسُ، رَضِىَ اللَّهُ عنه: أَرَى أنْ يُقْسَمَ المالُ بينَهم على قَدْرِ سِهامِهم. فأَخَذَ به عُمَرُ، واتَّبَعَه الناسُ على ذلك، حتى خالَفَهم ابنُ عَبّاسٍ، فقال: مَن شاء باهَلْتُه أَنَّ المَسائِلَ لاتَعُولُ، إنَّ الذى أحْصَى رَمْلَ عَالِجٍ[1] عَدَدًا أعْدَلُ مِن أن يَجْعَلَ فى مَالٍ نِصْفًا، ونِصْفًا، وثُلُثًا، هذان نِصْفان ذَهَبا بالمالِ، فأين مَوْضِعُ الثُّلُثِ[2]!

زَوْجٌ، وأُمٌّ، وثَلاثُ أخَواتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ، عالَتْ إلى تِسْعَةٍ، وتُسَمَّى[3] الغَرَّاءَ. فإن كان الأخَواتُ سِتًّا، عالَت إلى عَشَرَةٍ، وسُمِّيَتْ أُمَّ الفُرُوخِ؛ لكَثْرَةِ عَوْلِهَا؛ لأنَّها عالَت بثُلُثَيْهَا، فشَبَّهوا أصْلَها بالأُمِّ، والعَوْلَ بالفُرُوخِ.

فصل: وأَصْلُ اثْنَىْ عَشَرَ تَعُولُ على[4] الإفْرادِ إلى ثَلاثَةَ عَشَرَ، وخَمْسَةَ عَشَرَ، وسَبْعَةَ عَشَرَ، ولا تَعُولُ إلى أكْثَرَ مِن ذلك، فتَقُولُ فى زَوْجٍ وأُمٍّ وابْنَتَين: أصْلُها اثْنَا عَشَرَ، وتَعُولُ إلى ثَلاثَةَ عَشَرَ، فإن كان معهم أَبٌ، عالَت إلى خَمْسَةَ عَشَرَ.

ثَلاثُ زَوْجاتٍ، وجَدَّتَانِ، وأرْبَعُ أخَواتٍ لأُمٍّ، وثَمانٍ لأبٍ، عالَت إلى سَبْعَةَ عَشَرَ، ولكلٍّ واحِدَةٍ سَهْمٌ، وتُسَمَّى أُمَّ الأَرَامِلِ.

---

(١) عالج: رمال معروفة بالمدينة. اللسان (ع ل ج).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور مختصرا، فى: السنن ١/ ٤٤. وأخرجه بتمامه البيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ٢٥٣. وإسناده حسن. انظر الإرواء ٦/ ١٤٥، ١٤٦.

(٣) بعده فى م: «مسألة».

(٤) فى ف: «إلى».

وأصْلُ أرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ تَعُولُ إلى سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ، ولا تَعُولُ إلى أكْثَرَ منها ، وتُسَمَّى البخِيلَةَ ؛ لِقلَّةِ عَوْلِهَا ، وتُسمَّى المِنْبَرِيَّةَ ؛ لأنَّ عَليًّا ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، سُئِلَ عنها على المِنْبَرِ ، فقال :صار ثُمُنُها تُسْعًا .ومَضَى فى خُطْبَتِه[1] . يَعْنِى أنَّه كان للزَّوْجَةِ الثُّمُنُ ، ثَلاثَةٌ[2] مِن أرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ ، فصار لها ثَلاثَةٌ مِن سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ ، وهى تُسُعٌ .

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٥٣. وليس عنده أن ذلك كان على المنبر. وانظر : التلخيص الحبير ٣/ ٩٠.

(٢) بعده فى ف ، م : « أسهم » .

بابُ تَصْحِيحِ المسائِلِ

إذا لم تَنْقَسِمْ سِهامُ فَرِيقٍ مِن الوَرَثَةِ عليهم قِسْمَةً صَحِيحَةً ، ضَرَبْتَ عدَدَهم فى[1] أصْلِ المسْألَةِ ، وعَوْلِها إن عالَت ، فما بَلَغ ، فمنه تَصِحُّ ، إلَّا أن يُوافِقَ عَدَدُهم سِهَامَهم بجُزْءٍ مِن الأجْزاءِ ، فيُجْزِئُكَ ضَرْبُ وَفْقِ عَدَدِهم فى أصْلِ المسْألَةِ وعَوْلِها ، فإذا أَرَدْتَ القِسْمَةَ ، فكلُّ من له شىءٌ مِن أصْلِ المسْألَةِ مَضْرُوبٌ فى العَدَدِ الذى ضَرَبْتَه فى[2] المسْألَةِ ، وهو جُزْءُ السَّهْمِ ،فما بَلَغ فهو له إن كان واحدًا ، وإن كانوا جماعَةً ، قَسَمْتَه عليهم .

وإن كان الكَسْرُ على فَرِيقَينِ أو أكْثَرَ مُتَماثِلَةً ، كثَلاثَةٍ وثَلاثَةٍ ، أجْزَأَكَ ضَرْبُ أحَدِهما فى المسْألَةِ .

وإن كانَت مُتَناسِبَةً ،وهو أن يَنْتَسِبَ القَلِيلُ إلى الكَثِيرِ بجُزْءٍ مِن أجْزَائِه ، [3]كثُلُثِه أو رُبُعِه[3] ، مثلَ [4]ثَلاثَةٍ وتِسْعَةٍ[4] ، أجْزَأَكَ ضَرْبُ أكْثَرِها فى المسْألَةِ .

وإن كانَت مُتَبايِنَةً ، كثَلاثَةٍ وأرْبَعَةٍ وخَمْسَةٍ ، ضَرَبْتَ بَعْضَها فى

---

(١) فى الأصل : « إلى » .

(٢) بعده فى الأصل : « أصل » .

(٣ - ٣) فى الأصل ، م : « كثلاثة أو أربعة » .

(٤ - ٤) فى ف : « ثلثه وتسعه » .

بَعْضٍ ، فما بَلَغ ضَرَبْتَه فى المَسْأَلَةِ .

وإن كانَت مُتَوافِقَةً بجُزْءٍ مِن الأجْزاءِ ، كالنِّصْفِ والثُّلُثِ ، وافَقْتَ بينَ عدَدَيْنِ منها ، وضَرَبْتَ وَفْقَ أحَدِهما فى الآخَرِ ، فما بَلَغَ وافَقْتَ بينَه وبينَ الثالثِ ، وضَرَبْتَ وَفْقَ أحَدِهما فى الآخَرِ ، [٢٥٣ظ] فما بَلَغ ، فهوجُزْءُ السَّهْمِ ، يُضْرَبُ فى المسْأَلَةِ . وطَرِيقُ القِسْمَةِ على ما تَقَدَّمَ[1] .

(١) فى م : « ذكرنا متقدما » .

بَابُ الـردّ

إذا لم تَسْتَغْرِقِ الفُروضُ المالَ ، وفَضَلَت منه فَضْلَةٌ ، ولم يكنْ عَصَبَةٌ ، فالفاضلُ عن ذَوِى الفُروضِ مَرْدُودٌ عليهم على قَدْرِ سِهامِهم ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾[1] . ولقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ[2] » . [3]مُتَّفَقٌ عليه[3] . إلَّا على الزَّوْجِ والزَّوْجَةِ ؛ لأنَّهما ليسا من أُولِى الأرْحامِ ، فلم يَدْخُلُوا فى قولِه تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ . وهذا يُرْوَى عن عُمَرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . وعن أحمدَ أنَّه لا يُرَدُّ على وَلَدِ الأُمِّ مع الأُمِّ ، ولا على الجَدَّةِ مع ذِى[4] سَهْمٍ ؛ لأنَّه قَوْلُ ابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لعُمومِ الأدِلَّةِ ، ولأنَّه قَوْلُ عُمَرَ ، وعلىٍّ ، وابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم .

وطَرِيقُ العَمَلِ فى الرَّدِّ أنْ تأْخُذَ سِهامَ أهْلِ الرَّدِّ مِن أصْلِ مَسْأَلَتِهم ،وكُلُّها تَخرُجُ مِن[5] سِتَّةٍ ؛ إذ ليس فى الفُرُوضِ ما يَخْرُجُ عن

---

(١) سورة الأنفال ٧٥، وسورة الأحزاب ٦.

(٢) فى الأصل ، ف : « فللوارث » .

(٣ - ٣) فى م : « رواه أحمد وأبو داود » .

والحديث تقدم تخريجه فى ٣/ ٢٤٧.

(٤) فى الأصل : « ذوى » .

(٥) فى الأصل : « فى » .

السِّتَّةِ إلَّا الرُّبُعُ والثُّمُنُ ، وليسا لغيرِ الزَّوْجَين ، وليسا مِن أهْلِ الرَّدِّ ، فيُجْعَلُ عدَدُ سِهامِهم أصْلَ مَسْألَتِهم ، فيُقْسَمُ المالُ عليها ، ويَنْحَصِرُ ذلك فى أرْبَعَةِ أُصُولٍ ، فإذا كان معك سُدُسان ، كجَدَّةٍ وأخٍ لأُمٍّ ، فأَصْلُها مِن اثْنَيْنِ ، وإن كان ثُلُثٌ وسُدُسٌ ، كأمٍّ وأخٍ مِن أُمٍّ ، فأصْلُها مِن ثَلاثَةٍ ، وإن كان نِصْفٌ وسُدُسٌ ، كابْنَةٍ وابْنَةِ ابْنٍ ، فأَصْلُها مِن أرْبَعَةٍ ، وإن كان نِصْفٌ وثُلُثٌ ، كأُمٍّ وأُخْتٍ ، أو ثُلُثان وسُدُسٌ ، كأُخْتَين وأُمٍّ ، أو نِصْفٌ وسُدُسان[1] ، كثَلاثِ أخَواتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فهى مِن خَمْسَةٍ ، ولا تَزِيدُ أبدًا على هذا ؛ لأَنَّها لو زادَتْ سَهْمًا لكَمَلَ المالُ . فإنِ انْكَسَرَ سَهْمُ فَرِيقٍ عليهم ، ضَرَبْتَ عَدَدَهم فى عَدَدِ سِهامِهم ؛ لأنَّه أصْلُ مسألَتِهم ، فتَقُولُ فى ثَلاثِ جَدَّاتٍ وأُخْتٍ : هى مِن أرْبَعَةٍ ؛ للجَدَّاتِ سَهْمٌ على ثَلاثَةٍ ، تَضْرِبُها فى أرْبَعَةٍ ، تكنِ اثْنَىْ عَشَرَ ، ومنها تَصِحُّ .

فصل : فإنِ اجْتَمَعَ مع أهْلِ الرَّدِّ أحَدُ[2] الزَّوْجَيْنِ ، أعْطَيْتَه فَرْضَه مِن أصْلِ مَسْألَتِه ، ثم ضَرَبْتَ مَسْألَتَه فى مَسْألَةِ أهْلِ الرَّدِّ ، فما بَلَغَ انْتَقَلَتْ إليه المَسْألَةُ ، ثم تُصَحِّحُ بعدَ ذلك ، فتَقُولُ فى زَوْجَةٍ ، وبِنْتٍ ، وبِنْتِ ابْنٍ ، وجَدَّةٍ : للزَّوْجَةِ الثُّمُنُ مِن ثَمانِيَةٍ ، ومَسْألَةُ أهْلِ الرَّدِّ مِن خَمْسَةٍ ، تَضْرِبُها فى ثَمانِيَةٍ ، تكنْ أرْبَعِينَ ؛ للزَّوْجَةِ الثُّمُنُ[3] خَمْسَةٌ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ وثَلاثُون بينَ

---

(١) فى الأصل : « سدس » ، وفى الحاشية : « لعله : أو نصف وسدسان ؛ لأن ثلاث أخوات متفرقات ، يكون للشقيقة نصف ، ولأخت الأب سدس تكملة الثلثين ، ولأخت الأم سدس » .

(٢) فى الأصل : « عدد » .

(٣) سقط من : الأصل .

أهْلِ الرَّدِّ على خَمْسَةٍ ، فإنِ انْكَسَرَ على بَعْضِهِم ، ضَرَبْتَه فى[1] أَرْبَعِينَ ،فما بَلَغ ، فمنه تَصِحُّ .

(١) فى الأصل : « على » .



بابُ مِيراثِ العَصبةِ مِن القَرابَةِ

[٢٥٤و] وهم كلُّ ذَكَرٍ ليس بينَه وبينَ الميِّتِ أُنْثَى ، وهم الأبُ والابْنُ ومَن أدْلَى بهما مِن الذُّكورِ ، فأحَقُّهم بالـمِيراثِ أقْرَبُهم ، ويَسْقُطُ به مَن بَعُدَ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « مَا أَبْقَتِ الفُرُوضُ فلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[١] . فأحَقُّهم الابْنُ وابْنُه وإن نَزَل ؛ لأَنَّ اللَّهَ تعالى بَدَأَ بهم بقولِه تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾[٢] . والعَرَبُ تَبْدَأُ بالأَهَمِّ فالأَهَمِّ . ثم الأبُ ؛ لأنَّ سائِرَ العَصَباتِ يُدْلُونَ به ، ثم الجَدُّ أبو الأبِ وإن عَلَا ؛ لأنَّه أبٌ ، ثم بنو الأبِ وهم الإِخْوَةُ ، ثم بَنُوهم وإن نَزَلُوا ، ثم بنو الجَدِّ ، وهم الأعْمامُ ، ثم بنوهم وإن نَزَلُوا ، ثم بنو جَدِّ الأبِ ، وهم أعْمامُ الأبِ ، ثم بَنُوهم وإن نَزَلُوا . وعلى هذا ، لا يَرِثُ بَنُو أبٍ أعْلَى مع بَنِى أبٍ أقْرَبَ منه ، وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهم . وأَوْلى وَلَدِ كلِّ أبٍ أقْرَبُهم إليه . فإنِ اسْتَوَتْ دَرَجَتُهم ، فأَوْلاهُم مَن كان لأبٍ وأُمٍّ ؛ لحَدِيثِ عليٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه[٣] . وليس فى فَرِيضَةٍ يَرِثُ فيها العَصَبَةُ عَوْلٌ ولا رَدٌّ ؛ لأنَّ العَصَبَةَ تأْخُذُ المالَ كُلَّه إذا انْفَرَدَ ؛ لقولِه تعالى فى الأَخِ : ﴿وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾[٤] . أضافَ الـمِيراثَ جَمِيعَه إليه . وإن كان معه ذو فَرْضٍ ، أخَذ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩.

(٢) سورة النساء ١١.

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١.

(٤) سورة النساء ١٧٦.

الباقِيَ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ لأخِي سَعْدِ بنِ الرَّبِيعِ : « أَعْطِ ابْنَتَيْ سَعْدٍ الثُّلُثَيْنِ ، وَأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمُنَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ »[1] . وقَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « فَمَا أَبْقَتِ الفُرُوضُ فلأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »[2] . وإنِ اسْتَغْرَقَت الفُروضُ المالَ ، سَقَط ؛ لأنَّ حقَّه فى الباقِى ، ولا باقِيَ هاهُنا .

فصل : وأرْبَعَةٌ مِن الذُّكُورِ يُعَصِّبُون أخواتِهم ، فيَمْنَعُونَهُنَّ الفَرْضَ ، ويَقْتَسِمُونَ ما وَرِثُوا ، للذَّكرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ؛ وهم الابْنُ ، وابْنُه ، والأخُ مِن الأبوَيْنِ ، أو مِن الأبِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ . وقولِه : ﴿ وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ ﴾ . ومَن عدَا هؤلاء مِن العَصَباتِ يَنْفَرِدُ الذُّكُورُ بالـمِيراثِ دُونَ الإناثِ ، كبَنِى الإخْوَةِ ، والأعْمامِ وبَنِيهم ؛ لأنَّ أخواتِهم مِن أُولِى الأرْحامِ .

فصل : وإنِ اجْتَمَعَ فى شَخْصٍ[3] واحِدٍ شَيْئان[4] يَقْتَضِيانِ الإرْثَ ، كزَوْجٍ هو ابْنُ عَمٍّ ، أو ابنِ عَمٍّ هو أخٌ مِن أُمٍّ ، وَرِث بهما جميعًا ، فإن كان ابْنا عَمٍّ أحَدُهما أخٌ لأُمٍّ ، فللأخِ السُّدُسُ ، والباقِى بينَهما نِصْفَيْنِ[5] ، وإن كانُوا[6] ثلاثَةَ بَنِى[7] عَمٍّ أحدُهم زَوْجٌ والآخَرُ أَخٌ لأُمٍّ ، فللزَّوْجِ النِّصْفُ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٠.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩.

(٣) فى الأصل : « رجل » .

(٤) فى م : « سببان » .

(٥) فى ف ، م : « نصفان » .

(٦) فى الأصل : « كان » .

(٧) فى م : « كبنى » .

وللأخِ السُّدُسُ ، والباقي بينَهم أَثْلاثًا ؛ لأَنَّ قَرابَةَ الأُمِّ يَرِثُ بها مُنْفَرِدَةً ، فلم يُرَجَّحْ بها ، كالزَّوْجِيَّةِ[1] .

(١) في الأصل : « كالزوجة » .



بابُ المناسَخاتِ

إذا لم تُقْسَمْ تَرِكَةُ المَيِّتِ الأوَّلِ حتى مات بعضُ وُرّاثِه ، فصَحِّحْ مَسْأَلَةَ الأوَّلِ ، ثم صَحِّحْ مسألَةَ الثانى ، واقْسِمْ سِهامَ [٢٠٤ظ] الثانى مِن المسْألةِ الأُولَى على مَسْألَتِه ، فإنِ انْقسمَتْ ، صَحَّتِ المَسْألَتان ممَّا صَحَّتْ منه الأُولَى . وإن لم تَنْقَسِمْ ، وافَقْتَ بينَهما[1] وبينَ مَسْألَتِه ، وأخَذْتَ وَفْقَ مَسْألَتِه فضَرَبْتَه فى المَسْألَةِ الأُولَى ، وإن لم يتوافَقا ، ضَرَبْتَ مَسْألَته كلَّها فى المَسْألَةِ الأُولَى ، فما بَلَغ ، فمنه تَصِحُّ المَسْألَتان . فإذا أرَدْتَ القِسْمَةَ[2] ، فكلُّ [3]مَن له شىءٌ مِن[4] الأُولَى[3] مَضْرُوبٌ فى الثانِيَةِ أو فى وَفْقِها ،وكلُّ مَن له شىءٌ مِن الثانِيَةِ مَضْرُوبٌ فى السِّهامِ التى مات عنها[5] الثانى أو فى وَفْقِها . فإن مات ثالِثٌ ، صَحَّحْتَ مَسْألَتَه ، وقَسَمْتَ عليها سِهامَه مِن المَسْألَتَين ، فإنِ انْقَسَمَ ، صَحَّتْ ،وإلَّا ضرَبْتَ مَسْألَتَه أو وَفْقَها فيما صَحَّتْ منه الأُولَيانِ ، وتَعْمَلُ على ما ذكَرْنا .

فصل : فإن خَلَّف المَيِّتُ تَرِكَةً معْلُومَةً ، فانْسِبْ سِهامَ كلِّ وارِثٍ مِن

---

(١) فى م : « بين مسألتها » .

(٢) فى الأصل : « مسألة » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « شئ له من الأقل » .

(٤) بعده فى م : « المسألة » .

(٥) بعده فى ف : « الميت » .

المَسْألَةِ ، و[1] أعطِه مثلَ تلك النِّسْبَةِ مِن التَّرِكَةِ . فإنْ عَزَّ عليك ذلك ، فاقْسِمِ التَّرِكَةَ على المَسْأَلةِ ، فما خَرَج بالقَسْمِ فاضْرِبْه فى سِهامِ كلِّ وارِثٍ ، فما كان فهو نَصِيبُه . فإذا خَلَّفَتِ المرأةُ زَوْجًا وأُمًّا وأُخْتًا وأرْبَعِينَ دِينارًا ؛ فللأُمِّ رُبُعُ المسْألَةِ ، فلها رُبُعُ التَّرِكَةِ عَشَرَةٌ ، وللزَّوْجِ رُبُعٌ وثُمُنٌ ، فله خَمْسَةَ عشْرَةَ ، وللأُخْتِ مثلُ ذلك . وإن قَسَمْتَ الأَرْبَعِين على المَسْأَلةِ ، فلكلِّ سَهْمٍ[2] خَمْسَةٌ ؛ فإذا ضَرَبْتَ سِهامَ كلِّ وارِثٍ فى خَمْسَةٍ ، خَرَج مثلُ ما ذكَرْنا .

(١) فى الأصل : « أو » .

(٢) فى الأصل : « منهم » .

بابُ مِيراثِ الغَرْقَى ومَن عُمِّى مَوْتُهم

إذا مات مُتَوارِثان فلم يُعْلَمْ[(١)] أَيُّهما مات قبلَ صاحبِه ، وَرِث كلُّ واحِدٍ منهما مِن صاحبِه مِن تِلَادِ[(٢)] مَالِه دُونَ ما وَرِثَه مِن المَيِّتِ معه ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن عُمَرَ ، وعليٍّ ، وإياسِ بنِ عَبْدٍ المُزَنِيِّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . فتَقُولُ فى أخَوين غَرِقا ،وخَلَّفَ كلُّ واحدٍ منهما زَوْجَته ومَوْلَاه : يُقَدَّرُ أنَّ الأكْبَرَ ماتَ أوَّلًا ، فَلِزَوْجَتِه الرُّبُعُ ، والباقِى لأَخِيه الأصْغَرِ ، ثم مات الأَصْغَرُ عن ثَلاثَةِ أسْهُمٍ ، فلزَوْجَتِه الرُّبُعُ ، وباقِيه لمولاه ، فتَضْرِبُ أرْبَعَةً فى أرْبَعَةٍ ، تكنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، لزَوْجَةِ الأكْبَرِ أرْبَعَةٌ ، ولزَوْجَةِ الأصْغَرِ ثَلاثَةٌ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ لمَوْلَى الأَصْغَرِ ، ثم قَدِّرْ أنَّ الأَصْغَرَ مات أوَّلًا ، فلزَوْجَتِه الرُّبُعُ ، وباقِيه لأخِيه الأكْبَرِ ، ثم تَعْمَلُ فيها عمَلَكَ فى الأُولَى ، فتَرِثُ زَوْجَةُ كلِّ واحدٍ منهما رُبُعَ مالِ زَوْجِها ، وثُمُنًا ونِصْفَ ثُمُنٍ مِن مَالِ أخِيه ، ويَرِثُ مَوْلَى كُلِّ واحدٍ منهما[(٣)] نِصْفَ مَالِ أخِى عَتِيقِه ، ونِصْفَ ثُمُنِه ، ولا يَرِثُ مِن مَالِ عَتِيقِه شيئًا .

---

(١) فى ف : « يعرف » .

(٢) التلاد : المال القديم .

(٣) بعده فى الأصل : « ربع مال زوجها » .

وقد رُوِىَ عن (١أبى عبدِ اللَّهِ، رَحِمَه اللَّهُ تعالى١)، فيما إذا ماتَتِ امْرَأةٌ وابْنُها، وخَلَّفَتْ زَوْجًا وأخًا، فقال زَوْجُها: ماتَتْ فَوَرِثْنَاها، ثم ماتَ ابْنِى فوَرِثْتُه. وقال أخُوها: مات ابْنُها فوَرِثَتْه، ثم ماتَت [٢٥٥و] فوَرِثْناها. أنَّه يَحْلِفُ كلٌّ واحدٍ منهما على إبْطالِ دَعْوَى صاحبِه، ويكونُ مِيراثُ الابْنِ لأبيه، ومِيراثُ المرأةِ لأخيها وزَوْجِها نِصْفَيْنِ. وذكَرَها الخِرَقِىُّ فى «مُخْتَصَرِه». وهذا يَدُلُّ على أنَّه لا يَرِثُ (٢واحدٌ منهما٢) صاحِبَه، بل يُقْسَمُ مِيراثُ(٣) كلِّ واحدٍ منهما على الأحْياءِ مِن وَرَثَتِه دُونَ مَن مات معه؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن أبى بَكْرٍ الصِّدِّيقِ، وزَيْدٍ، ومُعَاذٍ، وابنِ عباسٍ، والحَسَنِ بنِ علىٍّ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم، ولأنَّه لا يُعْلَمُ أنَّ أحدَهما حىٌّ حينَ مات(٤) صاحِبُه، فلم يَرِثْه، كالحَمْلِ إذا سقَطَ مَيِّتًا.

ولو عُلِمَ خُروجُ رُوحَيْهما معًا، لم يَرِثْ أحدُهما صاحِبَه؛ لأنَّ مِن شَرْطِ تَوْرِيثِه كَوْنَه حَيًّا حينَ مَوْتِ الآخَرِ.

(١ - ١) فى م: «أحمد».

(٢ - ٢) فى م: «أحدهما».

(٣) فى ف: «مال».

(٤) فى ف: «موت».

بابُ مِيراثِ ذوى الأرْحامِ

وقد ذكَرْناهم. ويَرِثُون إذا لم يكنْ عَصَبَةٌ، ولا ذو فَرْضٍ مِن أهْلِ الرَّدِّ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ ﴾[1]. وقد رُوِىَ عن عُمَرَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «الخالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ». قال التِّرْمِذِىُّ[2]: هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ. ورَوَى أبو عُبَيْدٍ[3] بإسْنَادِه أنَّ ثابِتَ بنَ الدَّحْداحِ مات ولم يُخَلِّفْ إلَّا ابْنَةَ أخٍ له، فقَضَى النبىُّ ﷺ بمِيرَاثِه لابْنَةِ أخِيه. وقِسْنا سائِرَهم على هذَيْن.

فصل[4]: وطَرِيقُ تَوْرِيثِهم بالتَّنْزِيلِ أن يُنَزَّلَ كلُّ واحِدٍ منهم مَنْزِلَةَ مَن يُدْلِى به مِن الوُرَّاثِ[5]، فتُجْعَلَ بِنْتُ البِنْتِ بمَنْزِلَةِ البِنْتِ، وبِنْتُ بِنْتِ الابْنِ

---

(١) سورة الأنفال ٧٥، وسورة الأحزاب ٦.

(٢) فى: باب ما جاء فى ميراث الخال، من أبواب الفرائض. عارضة الأحوذى ٨/ ٢٥٤، ٢٥٥.

كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب ذوى الأرحام، من كتاب الفرائض. سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٤. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢٨، ٤٦.

(٣) وأخرجه عنه البيهقى، فى: السنن الكبرى ٦/ ٢١٥، ٢١٦. وأعله بالانقطاع.

ومن طرق أخرى أخرجه الدارمى، فى: باب ميراث ذوى الأرحام، من كتاب الفرائض. سنن الدارمى ٢/ ٣٨١. وعبد الرزاق، فى: المصنف ١٠/ ٢٨٤، ٢٨٥. وسعيد بن منصور، فى: سننه ١/ ٧٠، ٧١. وضعفه فى الإرواء ٦/ ١٤١.

(٤) زيادة من: م.

(٥) فى ف: «الوارث».

بمَنْزِلَتِها ، وبَناتُ الإِخْوَةِ بمَنْزِلَةِ آبائِهِنَّ ، وبنو الأَخَواتِ وبَناتُهُنَّ بمَنْزِلَةِ أُمَّهاتِهِم[1] ، والخالُ والخالَةُ وأبو الأُمِّ بمَنْزِلَةِ الأُمِّ ، والعَمَّاتُ والعَمُّ مِن الأُمِّ بمَنْزِلَةِ الأبِ . وعن [2]أبى عبدِ اللَّهِ ، رَحِمَه اللَّهُ[2] ، رِوايَةٌ أُخرَى ، أنَّه تُنَزَّلُ العَمَّةُ مَنْزِلَةَ العَمِّ ؛ لأنَّه رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . والأُولى أَوْلَى ؛ لِما روَى الإمامُ أحمدُ[3] بإسْنادِه عن الزُّهْرِىِّ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « العَمَّةُ بمَنْزِلَةِ الأبِ ، إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أَبٌ ، والخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الأُمِّ ، إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أُمٌّ » . ولأنَّ الأبَ أقْوَى جِهاتِها ، فَنُزِّلَت مَنْزِلَتَه ، كما أنَّ بِنْتَ الأخِ تُدْلِى بأبِيها لا بأخِيها ، وبِنْتَ العَمِّ تُدْلِى بأبِيها [4]دونَ أخِيها[4] .

وإذا انْفَرَدَ ذو رَحِمٍ ، وَرِث المالَ كلَّه . وإنِ اجْتَمعَ منهم جماعةٌ فأَدْلَوْا بشَخْصٍ واحدٍ[5] ، وكانوا فى دَرَجَةٍ واحدَةٍ ، فالمالُ بينَهم على حَسَبِ مَوارِيثِهم منه . فإن أسْقَطَ بعضُهم بعضًا ، كأبِى الأُمِّ والأَخْوالِ ، أسْقَطْتَ الأخْوالَ بأبِى الأُمِّ ؛ لأنَّ[6] الأبَ يُسْقِطُ الإخْوَةَ . وإن كان بعضُهم أقْرَبَ مِن بعضٍ ، سَقَط البعِيدُ منهم ، كما يَسْقُطُ بعِيدُ العَصَباتِ بقَرِيبِهم ، وإن[5] لم يُسْقِطْ بعضُهم بعضًا ، قَسَمْتَ المالَ [٢٥٥ظ] بينَهم على حَسَبِ مَوارِيثِهم

---

(١) فى م : « أمهاتهن » .

(٢ - ٢) فى م : « أحمد » .

(٣) لم نجده فى المسند . وأخرجه ابن وهب ، فى : جامعه صفحة ١٤ ، بلفظ : « العم أب إذا لم يكن دونه أب ، والخالة أم إذا لم تكن أم دونها » .

(٤ - ٤) فى م : « لا بأخيها » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « ولأن » .

منه . فتقُولُ فى ثَلاثِ عَمَّاتٍ مُتفرِّقَاتٍ : المالُ بَيْنَهُنَّ على خَمْسَةٍ ؛ لأَنَّهُنَّ أخَواتُ الأبِ[1] ، فكان مِيراثُهُنَّ كمِيراثِ ثَلاثِ أخَواتٍ[2] مُتَفرِّقَاتٍ . وإن كان ثَلاثُ خَالاتٍ مُتفرِّقَاتٍ ، فكذلك ؛ لأَنَّهُنَّ أخَواتُ الأُمِّ[3] .

فإنِ اجْتَمعَ ثَلاثُ خالاتٍ مُتفرِّقاتٍ ، وثَلاثُ عَمّاتٍ مُتفرِّقاتٍ ، نَزَّلْتَ العَمّاتِ أبًا ، والخالاتِ أُمًّا ، فجَعَلْتَ [4]الثُّلُثَ للخَالاتِ[4] على خَمْسَةٍ ، والباقِيَ للعَمَّاتِ على خَمْسَةٍ ، فتَجْتزِئُ بإحْدَى الخَمْسَتينِ ، وتَضْرِبُها فى ثلاثَةٍ ، تكنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ؛ للخَالَةِ التى مِن قِبَلِ الأبَوَيْنِ ثلاثَةُ أَسْهُمٍ ، وللخَالَةِ مِن[5] الأبِ سَهْمٌ ، وللخَالَةِ مِن[5] الأُمِّ سَهْمٌ ، وللعَمَّةِ مِن الأبَوَين سِتَّةٌ ، وللعَمَّةِ مِن[5] الأبِ سَهْمانِ ، وللعَمَّةِ مِن الأُمِّ سَهْمان .

وإن كان ثَلاثَةُ أَخْوالٍ مُتفَرِّقِينَ ، فللخالِ مِن الأُمِّ السُّدُسُ ، والباقِي للخالِ مِن الأبَوَين ، كثَلاثَةِ إخْوَةٍ مُتفرِّقِينَ .

وإن كان أبُوهم واحِدًا وأُمُّهم واحِدَةً ، فالذَّكَرُ والأُنْثَى سَواءٌ ؛ لأَنَّهم يَرِثُونَ بالرَّحِمِ المُجَرَّدِ ، فاسْتَوَى ذَكَرُهم وأُنْثاهم ، كوَلَدِ الأُمِّ . وعنه ، أنَّهم يَقْتَسِمُون للذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَين ؛ لأَنَّهم فَرْعٌ على ذَوِى الفُرُوضِ والعَصَباتِ ، فثَبَت فيهم حُكْمُهم . وقال الخِرَقِىُّ : يُفَضَّلُ الخالُ على الخالَةِ

---

(١) فى م : « لأب » .

(٢) بعده فى م : « للميت » .

(٣) فى ف ، م : « لأم » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « الثلاث خالات » .

(٥) بعده فى ف : « قبل » .

دُونَ سائرِ ذوى الأرْحامِ.

وإن أدْلَى جماعَةٌ بجَماعَةٍ، فاقْسِمِ المالَ بينَ المُدْلَى بهم على ما تُوجِبُه الفَرِيضَةُ، فما صار لكلِّ وارِثٍ، فهو لـمَن[1] أَدْلَى به. فإن سَبَق بَعْضُهم إلى الوارِثِ، فهو أحَقُّ بالمالِ، ويَسْقُطُ به البَعِيدُ إن كانا مِن جِهَةٍ واحِدَةٍ، وإن كانا مِن جِهَتَين، نَزَّلْتَ البَعِيدَ حتى يَلْحَقَ بوارِثِه، سَواءٌ سَقَط به القَرِيبُ أو لم يَسْقُطْ، فتَقُولُ فى بِنْتِ بِنْتِ بِنْتٍ، وبِنْتِ أخٍ لأُمٍّ: المالُ لبِنْتِ بِنْتِ البِنْتِ.

والجهاتُ أرْبَعٌ؛ الأُبُوَّةُ، والبُنُوَّةُ، والأُخُوَّةُ، والأُمُومَةُ. فإنِ اجْتَمعَتْ بِنْتُ أخٍ وعَمَّةٌ، فالمالُ للعَمَّةِ؛ لأنَّها بمَنْزِلَةِ أبٍ، وهو يُسْقِطُ الأخَ. ومَن نَزَّلَها عَمًّا[2] أسْقَطَها ببِنْتِ الأخِ؛ لأنَّ الأخَ يُسْقِطُ العَمَّ. وإنِ اجْتَمعَ بِنْتُ أُخْتٍ وابْنٌ، وبنتُ أُخْتٍ أُخْرَى، فللواحِدَةِ حقُّ أُمِّها النِّصْفُ، وللأُخْرَى وأخيها[3] حقُّ أُمِّهما[4] النِّصْفُ.

وإن أدْلَى ذو رَحِمٍ بقَرابَتَين، وَرِث بهما، فتَقُولُ فى بِنْتِ ابنِ أخٍ لأُمٍّ - (5) وهى(5) بِنْتُ بِنْتِ أُخْتٍ لأبٍ - وبِنْتِ بِنْتِ أُخْتٍ لأبَوَيْن: للأُولَى الخُمُسَانِ بقَرابَتَيْها، وللثانِيَةِ ثَلاثَةُ أخْماسٍ؛ لأنَّهما[6] بمَنْزِلَةِ ثَلاثِ

---

(1) فى الأصل: «كمن».
(2) فى الأصل: «جميعها».
(3) فى ف: «أختها».
(4) فى الأصل: «أمها».
(5 - 5) فى ف، م: «هى».
(6) فى الأصل: «لأنها».

أخَواتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ .

ولا يَعُولُ فى مَسائِلِ ذوى[1] الأرْحَامِ إلَّا واحِدَةٌ[2] وشِبْهُهَا[2] ، وهى خالٌ وبَناتُ سِتٍّ أخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ .

فصل : ولا يَرِثُ ذُو رَحِمٍ مع ذِى فَرْضٍ ولا عَصَبَةٍ إلَّا مع الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الرَّدَّ أوْلَى ، والزَّوْجُ لا يُرَدُّ عليه ، فإنِ اجْتَمَع معهم زَوْجٌ ، أَعْطَيْتَه فَرْضَه غيرَ مَحْجُوبٍ ولا مُعَاوَلٍ ، وقَسَمْتَ الباقِىَ بينَهم ، كما لو انْفَرَدُوا . فتَقُولُ فى زَوْجٍ ، وبِنْتِ بِنْتٍ ، وبِنْتِ أُخْتٍ : للزَّوْجِ النِّصْفُ ، والباقِى بينَهما نِصْفان .

امْرَأَةٌ وابْنَتَا بِنْتَيْنِ ، وابْنَتَا أُخْتَيْنِ ، للزَّوْجَةِ الرُّبُعُ ، ولبِنْتَيِ البِنْتَيْنِ ثُلُثَا الباقِى ، والباقِى لبِنْتَيِ الأُخْتَيْنِ .

---

(١) زيادة من : ف .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .



[٢٥٦و] بابُ مِيراثِ الخُنْثَى

وهو الذى له ذَكَرٌ وفَرْجُ امْرَأةٍ ، فيُعْتَبرُ بمَبالِه ؛ لأنَّه قد جاء فى الأَثَرِ : « يُوَرَّثُ الخُنْثَى مِن حيثُ[١] يَبُولُ »[٢] . ولأنَّها أعمُّ عَلاماتِه ؛ لأنَّها تُوجَدُ فى [٣]الصَّغِيرِ والكبيرِ[٣] ، وقد أَجْرَى اللَّهُ العادَةَ أنَّ الذَّكَرَ يَبُولُ مِن ذَكَرِه ، والأُنْثَى مِن فَرْجِها ، فاعْتُبِرَ ذلك . فإن بال مِن حيث يَبُولُ الرجلُ ، فهو ذَكَرٌ . وإن بال مِن حيث تَبُولُ المرأةُ ، فله حُكْمُ المرأةِ . فإن بال منهما ، اعتُبِرَ بأَسْبَقِهما . وإن خَرَجا فى حالٍ واحِدَةٍ ، اعْتُبِرَ أَكْثَرُهما ؛ لأنَّ الأَكْثَرَ أقْوَى فى الدَّلَالَةِ . فإنِ اسْتَوَيا ، فهو مُشْكِلٌ .

فإن مات له مَن يَرِثُه ، أُعْطِى هو ومَن معه اليَقِينَ ، ووُقِف الباقى حتى يَبْلُغَ فيَنْكَشِفَ الأمْرُ ؛ بأن يَظْهَرَ فيه عَلامَاتُ الرِّجَالِ ؛ مِن خُروجِ المَنِىِّ مِن ذَكَرِه ، ونَبَاتِ اللِّحْيَةِ ، أو عَلامَاتُ النِّساءِ ؛ مِن تَفَلُّكِ الثَّدْيِ[٤] ، والحَيْضِ ، والحَمْلِ . فإن يُئِس مِن ذلك ، فله نِصْفُ مِيراثِ ذَكَرٍ ، ونِصْفُ مِيراثِ أُنْثَى .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه ابن عدى ، فى : الكامل ٦/ ٢١٣١. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٦١. كلاهما عن ابن عباس مرفوعا . وقال البيهقى : محمد بن السائب الكلبى لا يحتج به ، والصحيح أنه عن علىٍّ .

(٣ - ٣) فى ف : « الصغر والكبر » .

(٤) تفلك الثدى : استدارته .

فإذا اجْتَمعَ ابْنٌ وبِنْتٌ ووَلَدٌ خُنْثَى ، فللذَّكَرِ أرْبَعَةُ أسْهُمٍ ، وللخُنْثَى ثَلاثَةٌ ، وللبِنْتِ سَهْمَانِ ؛ لأنَّه يَحْصُلُ بهذا العَمَلِ له نِصْفُ مِيراثِ الذَّكَرِ ، ونِصْفُ مِيراثِ الأُنْثَى . فإن كان مكانَ[1] الابْنِ أخٌ ، أو غيرُه مِن العَصَباتِ ، فله السُّدُسُ ، والباقِى بينَ الخُنْثَى والبِنْتِ على خَمْسَةٍ . وقال أصْحابُنا : تَعْمَلُ المسْألَةَ على أنَّه ذَكَرٌ ، ثم على أنَّه أُنْثَى ، ثم تَضْرِبُ إحْداهما فى الأُخْرَى إن تَبايَنَتا ، أو وَفْقَ إحْداهما فى الأُخْرَى إنِ اتَّفَقَتا ، أو[2] تجْتَزِئُ بإحْدَاهما إن تَماثَلَتا ، أو بأَكْثَرِهما[3] إن تَناسبتا ، وتَضْرِبُ ذلك فى اثْنَيْنِ ، فما بَلَغ ، فمنه تَصِحُّ ، ثم كلُّ مَن له شىءٌ مِن إحْداهما مَضْرُوبٌ فى الأُخْرَى ، أو فى وَفْقِهما[4] ، أو تَجْمَعُ ما له منهما إن تَماثَلَتا ، فتُعْطِيه إيَّاه . ففى هذه المسْألَةِ إن قَدَّرْناه ذكَرًا ، فهى مِن خَمْسَةٍ ، وإن قَدَّرْناه أُنْثَى ، فهى مِن أرْبَعَةٍ ، تَضْرِبُ أرْبَعةً فى خَمْسَةٍ ، تكنْ عِشْرِين ، ثم فى الحالَيْنِ ، تكنْ أرْبَعِينَ ، فللابنِ اثْنَانِ فى خَمْسَةٍ ، واثْنَانِ فى أرْبَعَةٍ ، ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، وللبِنْتِ تِسْعَةٌ ، وللخُنْثَى سَهْمٌ فى خَمْسَةٍ ، وسَهْمَانِ فى أرْبَعَةٍ ، ثَلاثَةَ عَشَرَ ؛ لأنَّ للابْنِ الخُمُسَيْنِ بيَقِينٍ ، وذلك سِتَّةَ عَشَرَ ، وللبِنْتِ الخُمُسُ بيَقِينٍ ، ثمانِيَةٌ ، وللخُنْثَى الرُّبُعُ بيَقِينٍ ، عَشَرَةٌ ، فذلك أرْبَعَةٌ وثَلاثُون ، يَبْقَى سِتَّةُ أسْهُمٍ يَدَّعِيها الخُنْثَى كلَّها ، لِيَتِمَّ له سَهْمُ ذَكَرٍ ، ويَدَّعِى الابْنُ ثُلُثَيْهَا ، لِيَتِمَّ له النِّصْفُ ، والبِنْتُ تَدَّعِى ثُلُثَها ، لِيَتِمَّ لها الرُّبُعُ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣) فى م : « بأكبرهما » .

(٤) فى ف ، م : « وفقها » .

فقَسَمْناها بينَهم على حسَبِ دَعاوِيهم؛ للخُنْثَى نِصْفُها ثلاثةٌ، وللابْنِ سَهْمانِ، وللبِنْتِ سَهْمٌ.

فإن كانا خُنْثَيَيْنِ، نَزَّلْتَهم على عدَدِ أحْوالِهم، فتَجْعَلُ لهما أرْبَعَةَ أحْوَالٍ فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ. وفى الآخَرِ[1] تُنَزِّلُهم حالَيْنِ؛ مَرَّةً ذُكُورًا، ومَرَّةً إناثًا. والأَوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّه يُعْطِى كُلًّا بحَسَبِ ما فيه مِن الاحْتِمالِ، وعلى الطَّريقِ الثانى يُفْضِى إلى حِرْمَانِ مَن يَحْتَمِلُ الاسْتِحْقاقَ، ألَا تَرَى أنَّه لو اجْتَمعَ بِنْتٌ، ووَلَدٌ خُنْثَى، ووَلَدُ ابْنٍ خُنْثَى، وأخٌ، فنَزَّلْتَهم حالَيْنِ، لم تُعْطِ وَلَدَ الابْنِ شيئًا، [٢٥٦ظ] ومِن المُحْتَمِلِ أن يكونَ ذَكَرًا وحدَه، فيكونَ له الباقى بعدَ البِنْتَيْنِ. فعلى هذا، تُنَزِّلُ الثَّلاثَةَ ثَمانِيَةَ أحْوالٍ، وللأَرْبَعَةِ سِتَّةَ عَشَرَ، وللخَمْسَةِ اثْنَانِ وثَلاثُون حالًا.

---

(١) فى م: «الآخرين».



بابُ ميراثِ الحَمْلِ[1]

إذا مات عن حَمْلٍ يَرِثُه، فطالَبَ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ بالقِسْمَةِ، وُقِفَ نَصِيبُ ابْنَيْنِ[2] ذَكَرَيْنِ، إن كان مِيراثُ الذُّكُورِ أكْثَرَ، أو[3] أُنْثَيَيْنِ[4] إن كان[5] أكْثَرَ؛ لأنَّ ما زادَ على اثْنَيْنِ نادِرٌ جِدًّا، فلم يُلْتَفَتْ إليه، كاحْتِمالِ الحَمْلِ فى الآيِسَةِ، ويُدْفَعُ إلى كُلِّ وارِثٍ اليَقِينُ. فإذا وَضَعَتِ الحَمْلَ، دُفِع إليه نَصِيبُه، ورُدَّ الفَضْلُ على مَن يَسْتَحِقُّه. وإن وَضَعَتْه مَيِّتًا، لم يَرِثْ؛ لأنَّنا لا نَعْلَمُ أنَّه كان حَيًّا حينَ مَوْتِ مَوْرُوثِه.

وإن وَضَعَتْه فاسْتَهَلَّ، وَرِثَ وَوُرِثَ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «إِذَا اسْتَهَلَّ المَوْلُودُ وَرِثَ». روَاه أبو داودَ[6]. وظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَرِثُ حتى يَسْتَهِلَّ، وهو الصَّوْتُ بِبُكاءٍ أو عُطاسٍ أو نحوِه، لتَقْيِيدِه فى الحدِيثِ بالمُسْتَهِلِّ. ويَحْتَمِلُ أن يَلْحَقَ بذلك كلُّ مَن عُلِمَتْ حَياتُه بارْتِضَاعٍ أو نحوِه؛ لأنَّه وُلِدَ حَيًّا،

---

(١) إلى هنا ينتهى الخرم الذى بالمخطوط س ٢، والذى أشرنا إليه فى صفحة ٥٧.
(٢) فى ف: «اثنين»، والنقط غير واضح فى الأصل.
(٣) فى الأصل، م: «و».
(٤) فى ف، م: «ابنتين».
(٥) بعده فى ف: «ميراثهما».
(٦) فى: باب فى المولود يستهل ثم يموت، من كتاب الفرائض. سنن أبى داود ٢/ ١١٥. وهو حديث صحيح. إرواء الغليل ٦/ ١٤٧.

فأشْبَهَ المُسْتَهِلَّ. فأمَّا الحَرَكَةُ والاخْتِلَاجُ، فلا تَدُلُّ على الحَيَاةِ، فإنَّ اللَّحْمَ يَخْتَلِجُ، سِيَّما إذا خَرَج مِن ضِيقٍ إلى سَعَةٍ. وإذا خَرَج بعضُه فاسْتَهَلَّ ثم انْفَصلَ باقِيه مَيِّتًا، لم يَرِثْ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ له أحْكامُ الدُّنْيا وهو حيٌّ.

وإن وَلَدَتْ[1] تَوْأمَيْنِ، فاسْتَهَلَّ أحدُهما، أُقْرِعَ بينَهما، فمَن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ، حُكِمَ بأنَّه المُسْتَهِلُّ.

ولا يَرِثُ حَمْلٌ إلَّا أن يُعْلَمَ أنَّه كان مَوْجُودًا حالَ المَوْتِ؛ بأن تَلِدَه لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ إن كانَت ذاتَ زَوْجٍ، (٢أو لأَقَلَّ٢) مِن أرْبَعِ سِنِينَ إن كانَت بائِنًا.

---

(١) في ف: «كانوا».

(٢ - ٢) في الأصل: «والأقل».

بابُ مَا يَمْنَعُ الميراثَ

ويَمْنَعُ الميراثَ ثلاثَةُ أشْياءَ ؛ اخْتِلافُ الدِّينِ ، فلا يَرِثُ مُسْلِمٌ كافِرًا ، ولا كافِرٌ مُسْلِمًا بحالٍ ؛ لِما روَى أُسَامَةُ بنُ زَيْدٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، عن[1] النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لا يَرِثُ المُسْلِمُ الكافِرَ ، ولا الكافرُ المُسْلِمَ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

والمُرْتَدُّ لا يَرِثُ أحدًا ؛ لأنَّه ليس بمُسْلِمٍ فيَرِثَ المُسْلِمين ، ولا يَثْبُتُ له حُكْمُ الدِّينِ الذى انْتَقلَ إليه فيَرِثَ أهْلَه ، ولا يَرِثُه أحَدٌ لذلك . ومالُه فَىْءٌ . وعنه ، يَرِثُه ورَثَتُه مِن المُسْلِمين . وعنه ، يَرِثُه أقارِبُه مِن أهْلِ دِينِه الذى اخْتَارَه .

وعنه فى الميرَاثِ بالوَلاءِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَرِثُ الرجلُ عَتِيقَه وإنِ

---

(١) فى الأصل : « أن » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب أين ركز النبى ﷺ الراية يوم الفتح ، من كتاب المغازى ، وفى : باب لا يرث المسلم الكافر ... ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٥/ ١٨٧ ، ٨/ ١٩٤ . ومسلم ، فى : كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣/ ١٢٣٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب هل يرث المسلم الكافر ؟ من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/ ١١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى إبطال الميراث بين المسلم والكافر ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٢ . والدارمى ، فى : باب ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٣٧٠ ، ٣٧١ . والإمام مالك ، فى : باب ميراث أهل الملل ، من كتاب الفرائض . الموطأ ٢/ ٥١٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢٠١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٩ .

اخْتَلَفَ دِيناهما ؛ لأنَّ الوَلَاءَ شُعْبَةٌ مِن الرِّقِّ ، واخْتِلافُ الدِّينِ لا يَمْنَعُ الرجلَ أخْذَ مالِ رَقِيقِه إذا ماتَ . والثانيةُ ، لا يَرِثُه مع اخْتِلَافِ الدِّينِ ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّه نَوْعُ تَوارُثٍ ، فَمنَعَه اخْتِلافُ الدِّينِ ، كغيرِه ، ولأنَّه مانِعٌ مِن الإرْثِ ، فمَنَع الإرْثَ بالوَلَاءِ ، كالقَتْلِ .

فصل : [٢٥٧و] ومَن أسْلَمَ على مِيراثٍ قبلَ أن يُقْسَمَ ، قُسِم له ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَن أسْلَمَ عَلَى شىءٍ فَهُوَ له » . أخْرَجه سعيدٌ[1] . وعنه ، لا يُقْسَمُ له ؛ لأنَّ المانِعَ مِن الإرْثِ وُجِدَ حينَ وُجُودِ السَّبَبِ ، وهو المَوْتُ ، فمَنَعَ مِن الإرْثِ ، كالرِّقِّ .

ومَن كان رَقِيقًا حينَ مَوْتِ مَوْرُوثِه فعَتَقَ بعدَه ، لم يَرِثْ ؛ لأنَّ العِتْقَ ليس مِن فِعْلِه ، ولا هو قُرْبَةٌ للمُعْتِقِ ، بخِلافِ إسْلامِه .

ولو مَلَكَ ابْنَ عَمِّه فدَبَّرَه ، فعَتَقَ بمَوْتِه ، لم يَرِثْه ؛ لأنَّه رَقِيقٌ حينَ المَوْتِ . فإنْ قال : أنْتَ حُرٌّ فى آخِرِ حَياتى . عَتَق ووَرِث ؛ لأنَّه حُرٌّ حينَ المَوْتِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَرِثَ ؛ لأنَّ عِتْقَه وَصِيَّةٌ له ، فيُفْضِى إلى الوَصِيَّةِ للوارِثِ .

فصل : ويَرِثُ الكُفَّارُ بَعْضُهم بَعْضًا وإنِ اخْتَلفَتْ أدْيانُهم ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ ؛ لأنَّ مَفْهُومَ قَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « لَا يَرِثُ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، وَلَا كَافِرٌ مُسْلِمًا » . أنَّ الكُفَّارَ يَتوارَثُونَ . والأُخْرَى[2] ، لا يَرِثُ أهْلُ مِلَّةٍ

---

(١) فى : سننه ١/ ٧٦.

كما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٩/ ١١٣.

(٢) فى الأصل : « الأولى » ، وفى م : « الثانية » .

أَهْلَ مِلَّةٍ أُخْرَى ؛ لِمَا روَى عبدُ اللَّهِ بنُ عَمْرٍو ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ[1] شَتَّى » . رَواه أبو داودَ[2] . ولأنَّ المُوالاةَ مُنْقَطِعَةٌ بينَهم ، فأشْبَهَ اخْتِلافَهم بالكُفْرِ والإِسْلَامِ .

قال القاضى : والكُفْرُ ثَلاثُ مِلَلٍ ؛ اليَهُودِيَّةُ مِلَّةٌ ، والنَّصْرانِيَّةُ مِلَّةٌ ، ودِينُ مَن عَداهم مِلَّةٌ ؛ لاجْتِماعِهم فى عَدَمِ الكِتَابِ . قال : وقِياسُ المَذْهَبِ عندِى أنَّه لا يَرِثُ حَرْبِىٌّ ذِمِّيًّا ، ولا ذِمِّىٌّ حَرْبِيًّا ؛ لأنَّه لا مُوالاةَ بينَهم[3] . ويحْتَمِلُ أنْ يتوارَثَا ؛ لأنَّهما مِن أهْلِ مِلَّةٍ واحِدَةٍ .

فصل : وإذا أسْلَمَ المَجُوسُ ، أو تَحاكَمُوا إلينا ، وُرِّثُوا بجميعِ[4] قَراباتِهم إذا أمْكَنَ ذلك ؛ [5]لأنَّهما قَرابَتان[5] يرِثُ بكلِّ واحِدَةٍ مُنْفَرِدَةٍ ، ولم يرَجَّحْ بها[6] ، فَوَرِثَ بهما إذا اجْتَمَعا[7] ؛ كابْنِ عَمٍّ هو زَوْجٌ أو أخٌ لأُمٍّ .

فلو تزَوَّجَ مَجُوسِىٌّ بِنْتَه ، فأوْلَدَها بِنْتًا ، ثم مات وخَلَّفَ أخًا ، فَلابْنَتَيْهِ الثُّلُثان ، والباقِى لأخيه . فإن ماتَت بعدَه الكُبْرَى ، فمالُها لابْنَتِها ؛ نِصْفُه

---

(١) فى الأصل : « ملة » .

(٢) فى : باب هل يرث المسلم الكافر ؟ من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/ ١١٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب سقوط الموارثة بين الملتين ، من كتاب الفرائض . السنن الكبرى ٤/ ٨٢ . وابن ماجه ، فى : باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٧٨ ، ١٩٥ .

(٣) فى م : « بينهما » .

(٤) فى م : « لجميع » .

(٥ - ٥) فى م : « لأنها قرابات » .

(٦) فى ف : « بهما » .

(٧) فى الأصل : « اجتمعت » .

بكونِها بِنْتًا ، وباقِيه بكونِها أُخْتًا مِن أبٍ . وإن ماتَتِ الصُّغْرَى قبلَ الكُبْرَى ، فللكُبْرَى الثُّلُثُ بكونِها أُمًّا ، والنِّصْفُ بكَوْنِها أُخْتًا ، وباقِيه لعَمِّها . فإن كان أوْلَدَها بِنْتَيْنِ ثم ماتَ ، ثم ماتَتْ إحْدَى الصَّغِيرَتَيْنِ ، فلأُخْتِها لأبَوَيْها النِّصْفُ ، ولأُمِّها السُّدُسُ بكونِها أُمًّا ، والسُّدُسُ بكَوْنِها أُخْتًا لأبٍ ، وحجَبَتْ نَفْسَها بنَفْسِها ، والباقِي لعَمِّها .

ولا يَرِثُون بنِكاحِ ذَواتِ[1] المَحارِمِ ، ولا ما لا يُقَرُّون عليه إذا أسْلَمُوا ، ولذلك لم تُوَرَّثْ بنتُ المَجُوسِيِّ الذى تزَوَّجها منه شيئًا بالزَّوْجِيةِ[2] .

فصل : والثانى مِن المَوانِعِ ، الرِّقُّ ، فلا يَرِثُ العَبْدُ قَرِيبَه ، ولا يُورَثُ ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فيُورَثَ ، وإن مَلَكَ ، فمِلْكُه ضَعِيفٌ يَرْجِعُ إلى سَيِّدِه ببَيْعِه ؛ لقَوْلِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ للبَائِعِ ، إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ »[3] . فكذلك بمَوْتِه . ولا يَرِثُ ؛ لأنَّه لو وَرِثَ شيئًا ، لكان لسَيِّدِه ، فيكونُ التَّوْرِيثُ لسَيِّدِه دُونَه .

فصل : ومَن بعضُه حُرٌّ يَرِثُ ويُورَثُ ، ويَحْجُبُ بقَدْرِ ما فيه مِن الحُرِّيَّةِ ؛ لِما رَوَى عبدُ اللَّهِ بنُ الإمامِ [٢٥٧ظ] أحمدَ بإسْنادِه ، عن ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال فى العَبْدِ يَعْتِقُ بعضُه[4] :

---

(١) فى الأصل : « دون » .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٠١/٣ من حديث : « من باع نخلا بعد أن يؤبر ... » .

(٤) فى ف : « نصفه » .

« يَرِثُ وَيُورَثُ على قَدْرِ مَا عَتَقَ مِنْهُ »[1] . ولأَنَّ هذا قولُ عليٍّ ، وابْنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما . فيُنْظَرُ ما له مع الحُرِّيَّةِ الكامِلَةِ ، فَيُعْطِيه منه بقَدْرِ ما فيه[2] ، ويحْجُبُ به بقَدْرِ ذلك ، فتَقُولُ فى بِنْتٍ نِصْفُها حُرٌّ ، وأُمٍّ حُرَّةٍ ، وعَمٍّ : للبِنْتِ الرُّبُعُ ؛ لأنَّه نِصْفُ ما تَسْتَحِقُّه بالحُرِّيَّةِ الكامِلَةِ ، وللأُمِّ الرُّبُعُ ؛ لأنَّ حُرِّيَّةَ البِنْتِ تَحْجُبُها عن السُّدُسِ ، فنِصْفُ حُرِّيَّتِهَا يَحْجُبُها عن نِصْفِه ، والباقِى للعَمِّ . فإن كان نِصْفُ الأُمِّ حُرًّا ، فلها الثُّمُنُ ؛ لأنَّه نِصْفُ ما تَسْتَحِقُّه بالحُرِّيَّةِ الكامِلَةِ ، والباقِى للعَمِّ . وإن شِئْتَ عَمِلْتَها بالأحْوالِ كمسَائلِ الخَنائى ، فتقُولُ : لوكانَتا حُرَّتَيْنِ ، فالمسْألَةُ مِن سِتَّةٍ ، ولو كانَتِ الأُمُّ وحدَها حُرَّةً ، كانَت مِن ثَلاثَةٍ ، وإن كانَتِ البِنْتُ وحدَها حُرَّةً ، كانَت مِن اثْنَيْنِ ، وإن كانَتا رَقِيقَتَين ، فهى مِن سَهْمٍ . فتَجْتَزِئُ بالسِّتَّةِ[3] ؛ لأنَّ سائِرَ المسائلِ داخِلَةٌ فيها ، وتَضْرِبُها فى أرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أرْبَعةً وعِشْرِينَ ؛ للبِنْتِ النِّصْفُ فى حالَين ، وذلك سِتَّةٌ ، وهو الرُّبُعُ ، وللأُمِّ الثُّلُثُ فى حالٍ ، والسُّدُسُ فى حالٍ ، وذلك ثَلاثَةٌ ، وهو الثُّمُنُ ، والباقِى للعَمِّ .

فصل : الثالِثُ مِن الموانِعِ ، قَتْلُ المَوْرُوثِ بغيرِ حَقٍّ يَمْنَعُ القاتِلَ مِيراثَه ،

---

(١) انظر ما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٦٠، ٢٩٢، ٣٦٩. وأبو داود ، فى : باب فى دية المكاتب ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/ ٥٠٠. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٤. والنسائى ، فى : باب دية المكاتب ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/ ٤٠، ٤١. وانظر إرواء الغليل ٦/ ١٦١، ١٦٢.

(٢) بعده فى م : « من الحرية الكاملة » .

(٣) فى الأصل : « من ستة » .

عَمْدًا كان[1] أو خطأً ؛ لِما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه أعْطَى دِيَةَ ابنِ قَتادَةَ الـمُدْلِجِىِّ[2] لأخِيه دونَ أبِيه ، وكان حَذَفَه بسَيْفٍ فَقَتلَه ، وقال عُمَرُ : سمِعتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ يقولُ : « ليس لِقاتِلٍ شىءٌ[3] » . رَواه مالِكٌ فى « المُوَطَّأ »[4] . ولأنَّ تَوْرِيثَ القاتِلِ رُبَّما أفْضَى إلى قَتْلِ المَوْرُوثِ اسْتِعْجالًا لِميراثِه .

وكلُّ قَتْلٍ يُضْمَنُ بقَتْلٍ ، أو دِيَةٍ ، أوكَفَّارَةٍ ، يَمْنَعُ الـمِيراثَ لذلك . وما لا يُضْمَنُ ، كالقِصَاصِ والقَتْلِ فى الحَدِّ ، لا يَمْنَعُ ؛ لأنَّه فِعْلٌ مُباحٌ ، فلم يَمْنَعِ الميراثَ ، كغَيْرِ القتلِ ، ولأنَّ المَنْعَ فى العُدْوَانِ كان[5] حَسْمًا لمادَّةِ العُدْوَانِ ، ونَفْيًا للقَتْلِ المُحَرَّمِ ، فلو مَنَع هاهُنا[6] ، لكان مانِعًا مِن اسْتِيفَاءِ القِصاصِ[5] الواجِبِ أو[7] الحَقِّ المُباحِ اسْتِيفاؤُه . وعنه ، لا يَرِثُ العادِلُ الباغِىَ إذا قَتَلَه . وهذا يَدُلُّ على أنَّ كلَّ قَتْلٍ يَمْنَعُ الميراثَ ؛ لعُمُومِ الخَبَرِ . والأوَّلُ [8]أظْهَرُ فى[8] المَذْهَبِ .

---

(١) بعده فى م : « القتل » .

(٢) فى النسخ : « المذحجى » . وانظر مصادر التخريج .

(٣) فى م : « ميراث » . وهو لفظ ابن ماجه .

(٤) فى : باب ما جاء فى ميراث العقل والتغليظ فيه ، من كتاب العقول . الموطأ ٢/ ٨٦٧.
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب القاتل لا يرث ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٨٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٤٩.

(٥) زيادة من : م .

(٦) فى م : « هنا » .

(٧) فى ف : « و » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل .

بابُ ذِكْرِ الطَّلاقِ الذى لا يَمْنَعُ المِيراثَ

إذا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَته طَلاقًا رَجْعِيًّا ، لم يَنْقَطِعِ التوارُثُ[1] بينَهما ما دامَت فى العِدَّةِ ، سَواءٌ كان صحيحًا أو مَرِيضًا ؛ لأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ . وإن أبانَها فى صِحَّتِه ، انْقَطَعَ التَّوارُثُ بينَهما ؛ لزَوالِ الزَّوْجِيَّةِ التى هى سبَبُ التَّوارُثِ . وكذلك[2] إن كان فى مرَضٍ غيرِ مرَضِ المَوْتِ ؛ لأَنَّ حُكْمَه حُكْمُ الصِّحَّةِ . وإن أبانَها فى مرَضِ مَوْتِه باخْتِيارِها ؛ بأن سأَلَتْه الطَّلاقَ ، أو عَلَّقَ طَلاقَها على فِعْلٍ لها منه بُدٌّ ، ففعَلَتْه ، انْقَطَعَ التَّوارُثُ ؛ لزَوالِ الزَّوْجِيَّةِ بأمْرٍ لا يُتَّهَمُ فيه . [٢٥٨و] وكذلك[2] إن علَّقَ طَلاقَها فى صِحَّتِه على شَرْطٍ وُجِدَ فى مَرَضِه ، لم تَرِثْه ؛ لذلك[3] . وعن أحمدَ أنَّها تَرِثُه فى هذه المسائلِ الثَّلاثِ ؛ لأنَّه طَلاقٌ فى مَرَضِ مَوْتِه .

ولو طَلَّقَها فى مرَضِه وهى أَمَةٌ أو كافِرَةٌ ، فأسْلَمَتْ أو عتَقَتْ ، لم تَرِثْ ؛ لأَنَّه لا يُتَّهَمُ فى طَلاقِها . وإن أبانَها فى مرضِ مَوْتِه على غيرِ ذلك ، لم يَرِثْها ، وورِثَتْه ما دامَت فى العِدَّةِ ؛ لِما رُوِىَ أَنَّ عُثْمانَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، وَرَّثَ تُماضِرَ بِنْتَ الأَصْبَغِ الكَلْبِيَّةَ مِن عبدِ الرحمنِ بنِ عَوْفٍ ، وكان طَلَّقَها

---

(١) فى م : « الميراث » .

(٢) فى الأصل : « لذلك » .

(٣) فى م : « كذلك » .

فى مرَضِ مَوْتِه فَبَتَّها[1] . واشْتَهرَ ذلك فى الصَّحابَةِ ، فلم يُنْكَرْ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّه قَصَد قَصْدًا فاسِدًا فى الميراثِ ، فعُورِضَ بنَقِيضِ قَصْدِه ، كالقاتِلِ .

وهل تَرِثُه بعدَ انْقِضَاءِ العِدَّةِ ؟ فيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، تَرِثُه ؛ لأنَّ عُثْمانَ وَرَّثَ امرأةَ[2] عبدِ الرحمنِ [3]بنِ عَوْفٍ[3] بعدَ انْقِضاءِ العِدَّةِ . ولأنَّه فارٌّ مِن مِيراثِها ، فوَرِثَتْه ، كالمُعْتَدَّةِ . والثانيةُ ، لا تَرِثُه ؛ لأنَّ آثارَ النِّكاحِ زالَتْ بالكُلِّيَّةِ ، فلم تَرِثْه ، كما لو تزَوَّجَتْ ، ولأنَّ ذلك يُفْضِى إلى تَوْرِيثِ أكْثَرَ مِن أرْبَعِ نِسْوَةٍ ، بأنْ يَتَزَوَّجَ أرْبَعًا بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المُطَلَّقَةِ ، وذلك غيرُ جائزٍ .

وإن تزَوَّجَتْ لم تَرِثْه ؛ لأنَّها فعَلَتْ باخْتِيَارِها فِعْلًا يُنَافِى زَوْجِيَّةَ الأوَّلِ ، فلم تَرِثْه ، كما لو تَسَبَّبَتْ فى فَسْخِ النِّكاحِ . وهكذا لو ارْتَدَّتْ فى عِدَّتِها ، أو فَعَلَت ما يُنافِى نِكاحَ الأوَّلِ ، لم تَرِثْه . وإنِ ارْتَدَّتْ ، ثم أسْلَمَتْ فى عِدَّتِها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَرِثُه ؛ لأنَّها مُطَلَّقَةٌ فى المرضِ ، أشْبَهَ ما لو لم تَرْتَدَّ . والثانى ، لا تَرِثُه ؛ لأنَّها فعَلَت ما يُنافِى النِّكاحَ ، أشْبَهَ ما لو تزَوَّجَتْ .

فصل : وإن طَلَّقَ امْرأتَه قبلَ الدُّخولِ[4] فهل تَرِثُه ؟ فيه رِوايَتان كالتى

---

(١) أخرجه الشافعى ، انظر : ترتيب المسند ٢/ ١٩٣. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٦٢، ٣٦٣. وابن سعد ، فى : الطبقات ٨/ ٢١٩. وصححه فى الإرواء ٦/ ١٥٩، ١٦٠.

(٢) بعده فى م : « من » .

(٣ - ٣) زيادة من : ف .

(٤) بعده فى الأصل : « بها » .

انْقَضَتْ عِدَّتُها . ولو قال لزَوْجَتِه فى صِحَّتِه : إذا مَرِضْتُ ، فأنْتِ طالقٌ . فحُكْمُ طَلاقِه حُكْمُ طَلاقِ المرضِ[1] . وإن أقَرَّ فى مَرضِه بطَلاقِها فى صِحَّتِه ، فحُكْمُه حُكْمُ طَلاقِها فى مَرضِه .

وإن علَّقَ طَلاقَها على فِعْلٍ لا بُدَّ لها منه ؛ كالصلاةِ ، ففَعَلَتْه ، فهو كطَلاقِه ابْتِدَاءً . وإن قال لزَوْجَتِه الذِّمِّيَّةِ أو الأمَةِ وهو مَرِيضٌ : إذا عَتَقْتِ ، أو أسْلَمْتِ ، فأنتِ طالقٌ . فعَتَقَتِ الأمَةُ ، وأسْلَمَتِ الذِّمِّيَّةُ ، فهو كَطَلاقِه لحُرَّةٍ مُسْلِمَةٍ . وإن قال السَّيِّدُ لأمَتِه : أنْتِ حُرَّةٌ غدًا . فطَلَّقَ الزَّوْجُ اليومَ أو غدًا عالـمًا بعِتْقِ السيدِ ، وَرِثَتْه ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ ، وإن لم يَعْلَمْ ، لم تَرِثْه ؛ لعَدَمِ التُّهْمَةِ .

فصل : ولو تسَبَّبَتِ الزَّوْجَةُ فى فَسْخِ نِكاحِها فى مرَضِها ، برَضاعٍ أو غيرِه ، بانَت ، ووَرِثَها زَوْجُها ، ولم تَرِثْه ؛ لِما ذكَرْنا فى طَلاقِ المَرَضِ .

ولو اسْتَكْرَهَ رَجُلٌ امْرَأةَ أبِيه فى مَرَضِ أبِيه على فِعْلٍ يَنْفَسِخُ نِكاحُها به ، بانَتْ ، ولم يَسْقُطْ مِيرَاثُها ؛ لذلك . وإن كان للمَرِيضِ زَوْجَةٌ أُخْرَى ، سَقَط مِيرَاثُها ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ فى قَصْدِ تَوْفِيرِ نَصِيبِها عليه ، لرُجُوعِه إلى الزَّوْجَةِ الأُخْرَى دُونَه .

فصل : وإن تزَوَّجَ نِسَاءً بعضُهُنَّ عَقْدُها فاسِدٌ ، ولم تُعْلَمْ بعَيْنِها ، أوطَلَّقَ بعضَ نِسائِه لا بعَيْنِها ، أو عَلِمَها وَأُنْسِيَها ، أُقْرِعَ [٢٥٨ظ] بَيْنَهُنَّ ، فمَن خرَجَتْ قُرْعَتُها بفَسَادِ العَقْدِ أو الطَّلاقِ ، فلا مِيراثَ لها ؛ لأنَّه اشْتَبَهَ

(١) فى م : « المريض » .

المُسْتَحِقُّ بغيرِه ، فوَجَبَ المَصِيرُ إلى القُرْعَةِ ، كما لو أَعْتَقَ فى مرضِه عَبِيدًا لم يَخْرُجْ مِن ثُلُثِه إلَّا أحدُهم .

بابُ الإقْرارِ بمُشارِكٍ فى الميراثِ

إذا أقَرَّ جميعُ الوَرَثَةِ بمُشارِكٍ لهم فى المِيراثِ، ثَبَت نَسَبُه، ووَرِثَ؛ لأنَّ الوَرَثَةَ يقومون مَقامَ الميِّتِ فى مالِه وحُقُوقِه، وهذا مِن حُقُوقِه. وإن أقَرُّوا لمَن يُسْقِطُهم، كإخوَةٍ أقَرُّوا بابْنٍ، ثَبَت نَسَبُه وأسْقَطَهم؛ [1]لأنَّهم جميعُ الوَرَثَةِ[1] لولا الإقْرارُ، فأشْبَهَ ما لو أقَرُّوا بمُشارِكٍ لهم. وإن أقَرَّ بعضُهم، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ، ودَفَع المُقِرُّ إلى المُقَرِّ له فَضْلَ ما فى يَدِه عن مِيراثِه، فإذا خَلَّف ابْنَيْنِ، فأقَرَّ أحدُهما بأخٍ، فله ثُلُثُ ما فى يَدِه، وإن أقَرَّ بأُخْتٍ، فلها الخُمُسُ، وإن شِئْتَ ضرَبْتَ مَسْألَةَ الإقْرارِ أو وَفْقَها فى مَسْألَةِ الإنْكارِ، ودَفَعْتَ إلى المُنْكِرِ سَهْمَه مِن مَسْألَةِ الإنْكَارِ مَضْرُوبًا فى مَسْألَةِ الإقْرَارِ أو وَفْقِها، وإلى المُقِرِّ سَهْمَه مِن مَسْألَةِ الإقْرَارِ مَضْرُوبًا فى مَسْألَةِ الإنْكَارِ أو وَفْقِها، فما فَضَل فهو للمُقَرِّ به، وإن لم يكنْ فى يَدِ المُقِرِّ فَضْلٌ، فلا شىءَ للمُقَرِّ به؛ لأنَّه يُقِرُّ على غيرِه.

فإن خَلَّفَ ابْنَيْنِ، فأقَرَّ أحدُهما بأخَوَيْنِ، فصَدَّقَه أخوه فى أحَدِهما، ثَبَت نسَبُ مَن اتَّفَقَا عليه، فصارُوا كثَلاثَةٍ أقَرَّ أحدُهم بأخٍ رابعٍ، فاضْرِبْ مَسْألَةَ الإقْرَارِ فى[2] الإنْكارِ، تَكُنِ اثْنَىْ عَشَرَ، للمُقِرِّ سَهْمٌ مِن مَسْألَةِ

(١ - ١) فى م: «لأن الجميع ورثة».

(٢) بعده فى م: «مسألة».

الإقْرَارِ فى مَسْأَلَةِ الإنْكارِ ثَلاثَةٌ، وللمُنْكِرِ سَهْمٌ فى مَسْأَلَةِ الإقْرارِ[1] أرْبَعَةٌ، ثم إن أقَرَّ المُتَّفَقُ عليه بالمُخْتلَفِ فيه، فله مِثْلُ سَهْمِ المُقِرِّ، وإن أنْكَرَ، فله مِثْلُ سَهْمِ المُنْكِرِ، والفَضْلُ للمُخْتَلَفِ[2] فيه. وقال أبو الخَطَّابِ: إن أقَرَّ المُتَّفَقُ عليه بالمُخْتَلَفِ فيه، وأنْكَرَ المُخْتَلَفُ فيه المُتَّفَقَ عليه، فإنَّ المُتَّفَقَ عليه يأْخُذُ مِن المُقِرِّينَ رُبُعَ ما فى أيْدِيهما، ويأْخُذُ المُخْتَلَفُ فيه مِن المُقَرِّ به ثُلُثَ ما [3] فى يَدِه [3]، وتَصِحُّ مِن ثَمانِيَةٍ؛ للمُقَرِّ بهما سَهْمان، وللمُتَّفَقِ عليه[4] سَهْمان، وللمُقِرِّ بأحَدِهما ثَلاثَةٌ، وللمُخْتَلَفِ فيه سَهْمٌ.

وإن كان الوارِثُ ابْنًا فأقَرَّ بأخَوَين بكَلامٍ مُتَّصِلٍ، ثَبَت نَسَبُهما، سَواءٌ تَصادَقا أو تَجاحَدا؛ لأنَّ نَسَبَهم ثَبَت فى حالٍ واحِدَةٍ بقولِ الوارِثِ الثَّابِتِ النَّسَبِ قبلَهم. ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَثْبُتَ نَسَبُهما إذا تَجاحَدا؛ لأنَّه لم يَحْصُلِ الإقْرارُ مِن جميعِ الوَرَثَةِ. وإن أقَرَّ بواحِدٍ بعدَ الآخَرَ، ثَبَت نَسَبُ الأوَّلِ، وأعْطاه نِصْفَ ما فى يَدِه، ثم إن صَدَّقَ الثانى بالثالثِ، ثَبَت نَسَبُه، ودَفَعا إليه ثُلُثَ ما فى أيْدِيهما، وإن أنْكَرَه الثانى، لم يَثْبُتْ نسَبُه، ودَفَع إليه المُقِرُّ ثُلُثَ ما فى يَدِه.

[٢٥٩و] **فصل**: وإن أقَرَّ مَن أُعِيلَتْ له المسْألةُ بمَن يُسْقِطُ العَوْلَ؛ كزَوْجٍ، وأُمٍّ، وأُخْتٍ، فأقَرَّتِ الأُخْتُ بأخٍ لها، فاضْرِبْ وَفْقَ مَسْأَلَةِ

---

(١) بعده فى الأصل: «فى».

(٢) فى م: «المختلف».

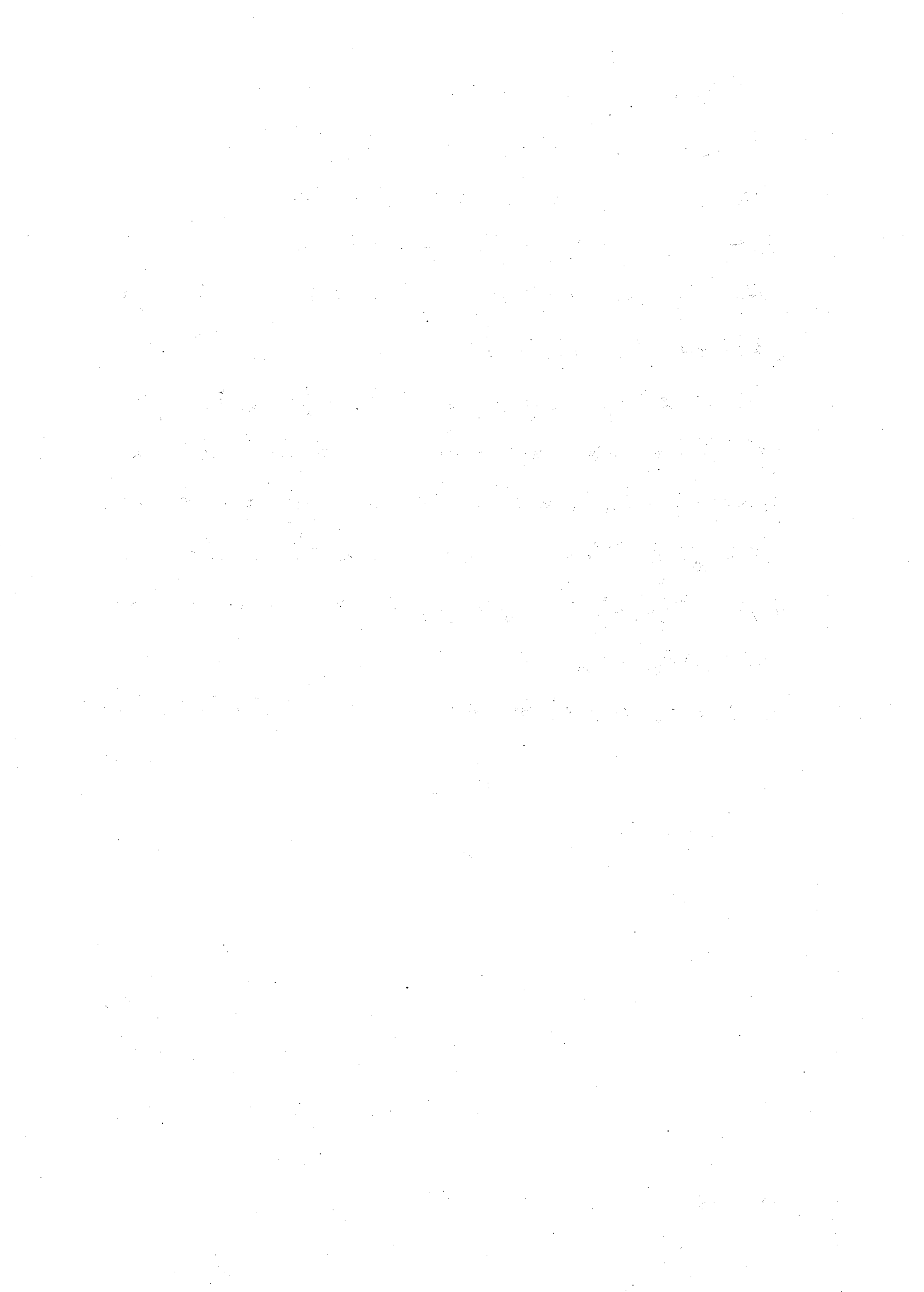
(٣ - ٣) فى ف: «بقى فيه».

(٤) فى الأصل: «على».

الإقْرارِ فى مَسْألَةِ الإنْكارِ، تكنِ اثْنَيْنِ وسَبْعِين؛ للأُمِّ رُبُعُها ثَمانِيَةَ عَشَرَ، وللزَّوْجِ رُبُعُها وثُمُنُها سَبْعَةٌ وعِشْرُونَ، وللأُخْتِ سَهْمان فى مَسْألَةِ الإقْرارِفى نِصْفِ مَسْألَةِ الإنْكارِ، وهى ثمانِيَةٌ، يَبْقَى تِسْعَةَ عَشَرَ، يَدَّعِى المُقَرُّ له منها[1] سِتَّةَ عَشَرَ. فإن مَضَى الزَّوْجُ على الإنْكارِ، أخَذ الأخُ سِتَّةَ عَشَرَ، وبَقِيَتْ ثَلاثَةٌ يُقِرَّانِ بها للزَّوْجِ، وهو يُنْكِرُها، ففيها ثَلاثَةُ أوْجُهٍ؛ أحدُها، تُدْفَعُ إلى بَيْتِ المالِ؛ لأنَّه مالٌ لا يَدَّعِيه أحَدٌ، فهو كالمالِ الضّائعِ. والثانى، تُقَرُّ فى يَدِ الأُخْتِ. والثالثُ، تُتْرَكُ حتى يَصْطَلِحا عليها؛ لأنَّها لا تَعْدُوهما، وقد جَهِلْنا مُسْتَحِقَّها منهما. وإن أقَرَّ الزَّوْجُ بالأخِ، فهو يَدَّعِى تَمامَ النِّصْفِ تِسْعَةً، والأخُ يَدَّعِى سِتَّةَ عَشَرَ، فالجميعُ خَمْسَةٌ وعِشْرُون، والمُقَرُّ به مِن السِّهامِ تِسْعَةَ عَشَرَ، لا تَنْقَسِمُ على خَمْسَةٍ وعِشْرِينَ، فاضْرِبْ خَمْسَةً وعِشْرِينَ فى أصْلِ المَسْألَةِ، ثم كلُّ مَن له شىءٌ مِن أصْلِ المَسْألَةِ مَضْرُوبٌ فى خَمْسَةٍ وعِشْرِينَ، ومَن له شىءٌ مِن خَمْسَةٍ وعِشْرِينَ مَضْرُوبٌ فى تِسْعَةَ عَشَرَ، وعلى هذا تَعْمَلُ ما وَرَد عليك مِن هذا.

---

(١) سقط من: الأصل، وفى م: «منهما».



بابُ مِيراثِ المفْقُودِ

إذا غاب الإنسانُ وخَفِىَ خَبَرُه وغالِبُ سَفَرِه السَّلامَةُ ؛ كالتاجِرِ، والسَّائحِ ، انْتُظِرَ به تَمامُ تَسْعِينَ سَنَةً مِن يَوْمِ وُلِدَ ، فى أشْهَرِ الرِّوايَتَيْنِ . وفى الأُخْرَى ، يُنْتَظَرُ به أبَدًا ، أو يُرْجَعُ إلى اجْتِهادِ الحاكمِ فى تَقْدِيرِ المُدَّةِ . وإن كان غالِبُ سَفَرِه الهَلاكَ ، كالذى يُفْقَدُ مِن بينِ أهْلِه ، أو يُفْقَدُ فى طريقِ الحَجِّ ، فإنَّه يُنْتَظَرُ به تَمامُ أرْبَعِ سِنِينَ ؛ لأنَّها أكْثَرُ مُدَّةِ الحَمْلِ ، وتَعْتَدُّ زَوْجَتُه عِدَّةَ الوَفاةِ ، وتَحِلُّ للأزْواجِ[1] .

قال أحمدُ : إذا أمَرْتُ زَوْجَتَه أن تتزَوَّجَ ، قَسَمْتُ مِيراثَه . وقد رُوِىَ عنه التَّوَقُّفُ ، وقال : قد هِبْتُ الجَوابَ فيها ، وكأنِّى أُحِبُّ السَّلامَةَ . والأوَّلُ المَذْهَبُ .

فإن مات للمَفْقُودِ مَن يَرِثُه فى مُدَّةِ غَيْبَتِه ، دُفِع إلى كلِّ وارِثٍ اليَقِينُ ، ووُقِفَ نَصِيبُ المفْقُودِ ، فإن بان حَيًّا ، دُفِع إليه ، وإن بان مَيِّتًا حينَ مَوْتِ مَوْرُوثِه ، رُدَّ على مَن يَسْتَحِقُّه ، وكذلك إن كانَتِ المُدَّةُ قد مَضَت . وإن لم تكنْ مَضَتْ ، ولم يتبَيَّنْ أمْرُه ، فحُكْمُ نَصِيبِه مِن الميراثِ حُكْمُ سائرِ مالِه ، يُقْسَمُ على وَرَثَتِه إذا مَضَتِ المُدَّةُ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحَياتِه . ويجوزُ أن

(١) فى الأصل : « للزواج » .

يَصْطَلِحُوا على الفاضِلِ عن نَصِيبِ المفْقُودِ مِن المَوْقُوفِ ؛ لأنَّه حقُّهم ، ولا يجوزُ أن يَصْطَلِحُوا على نَصِيبِ المفْقُودِ .

بابُ الوَلاءِ

ومَن أعْتَقَ مَمْلُوكًا، ثبتَ له[1] عليه الوَلاءُ؛ لِما رَوَت عائشَةُ أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «إنَّمَا الوَلاءُ لِمَنْ أعْتَقَ». مُتَّفَقٌ عليه[2].

وإن عَتَق عليه بتدْبِيرٍ، أو كِتابَةٍ، أو اسْتِيلادٍ، أو قَرابَةٍ، أو بَيْعِه عبدَه نفسَه، أو أعْتَقَه عنه غيرُه بإذْنِه، فله عليه [٢٥٩ظ] الوَلاءُ؛ لأنَّه عَتَق عليه، فأشْبَهَ ما لو باشَرَ عِتْقَه. وسَواءٌ أدَّى المُكاتَبُ إلى السيدِ أو إلى وَرَثَتِه؛ لأنَّ عِتْقَه بكِتابَتِه، وهى مِن سَيِّدِه.

فأمَّا إن أعْتَق عَبْدَه عن مَيِّتٍ، أو حَيٍّ بلا[3] أمْرِه، فالوَلاءُ للمُعْتِقِ؛ للخَبَرِ، ولأنَّه أعْتَقَه بغيرِ إذْنِ الآخرِ، فكان وَلاؤُه للمُعْتِقِ، كما لو لم يَنْوِ.

ولو قال: أعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى وعَلَيَّ ثَمَنُه. ففَعَل، فالوَلاءُ للمُعْتَقِ عنه؛ لأنَّه نائبٌ عنه فى العِتْقِ، فهو كالوَكِيلِ. ولو قال: أعْتِقْه والثَّمَنُ عَلَيَّ. ففَعَل[4]، فالوَلاءُ للمُعْتِقِ؛ لأنَّه لم يُعْتِقْه عن غيرِه، فأشْبَهَ ما لو لم يَجْعَلْ له جُعْلًا. وإن قال: أعْتِقْه عَنِّى. ولم يَذْكُرْ عِوَضًا، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما،

---

(١) سقط من: م.

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/٥٧، ٥٨.

(٣) فى م: «بغير».

(٤) سقط من: الأصل.

وَلاؤُه للمُعْتِقِ ؛ للخَبَرِ . والثانيةُ ، للمُعْتَقِ عنه ؛ لأنَّه أعْتَقَه عنه بأمْرِه ، فأشْبَهَ ما لو كان بعِوَضٍ .

فصل : ومَن أعْتَقَ عَبْدَه سَائِبَةً[1] ، أو قال : أعْتَقْتُكَ ، ولا وَلَاءَ لِى عليكَ . أو أعْتَقَه مِن زَكاتِه ، أو كَفَّارَتِه ، أو نَذْرِه ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، له عليه الوَلاءُ ؛ لعُمومِ الخَبَرِ . والثانيةُ ، لا وَلاءَ عليه ؛ لأنَّه جَعَل وَلاءَه فى السَّائِبَةِ للَّهِ ، فصَحَّ ، كَرِقِّه ، وفى سائرِ الصُّوَرِ العِتْقُ بمَالٍ[2] لا يَسْتَحِقُّه ، فلم يَكُنْ له وَلَاءٌ ، كالوَكِيلِ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، ما رَجَع مِن وَلائِهم يُرَدُّ فى مِثْلِهم ، ويكونُ حُكْمُ وَلائِهم كحُكْمِ وَلاءِ الأوَّلِين .

فصل : وإن أعْتَقَ مُسْلِمٌ كافِرًا ، أو كافِرٌ مسلمًا ، ثبَتَ له الوَلَاءُ ؛ للخَبَرِ . وهل يَرِثُ به ؟ فيه رِوايَتان ذكَرْناهما . فإن قُلْنا : لا يَرِثُ . وكان للمُعْتِقِ عَصَبَةٌ على دِينِ المُعْتَقِ ، وَرِثَه ؛ لأنَّه يَرِثُه لو كانَ المُعْتِقُ مَيِّتًا ، فكذلك إذا كانَ مَمْنُوعًا مِن مِيرَاثِه . وإن أسْلَمَ الكافِرُ منهما ، وَرِث المَوْلَى ، كما لو أسْلَمَ القَرِيبُ الكافِرُ ، وَرِثَه قَرِيبُه المُسْلِمُ .

فصل : ولا يجوزُ بَيْعُ الوَلَاءِ ولا هِبَتُه ؛ لِما روَى ابنُ عُمَرَ قال : نهى رسولُ اللَّه ﷺ عن بَيْعِ الوَلَاءِ ، وعن هِبَتِه . مُتَّفَقٌ عليه[3] . ولأنَّ الوَلاءَ

---

(١) أعتقه سائبة : أى أعتقه للَّه .

(٢) فى س ٢ : « بما » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الولاء وهبته ، من كتاب العتق ، وفى : باب إثم من تبرأ من مواليه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٣/ ١٩٢ ، ٨/ ١٩٢ . ومسلم ، فى : باب النهى عن بيع الولاء وهبته ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/ ١١٤٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود =

كالنَّسَبِ ؛ بدليلِ قولِ النبىِّ ﷺ : « الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ »[1] .

= ٢/ ١١٥. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الولاء وهبته ، من أبواب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى النهى عن بيع الولاء وهبته ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٤٥، ٨/ ٢٨٤، ٢٨٥. والنسائى ، فى : باب بيع الولاء ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٦٩. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الولاء وعن هبته ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٨. والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الولاء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٢٥٦، ٣٩٨. والإمام مالك ، فى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/ ٧٨٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٩، ٧٩.

(١) من حديث ابن عمر أخرجه الإمام أبو حنيفة ، انظر : جامع المسانيد ٢/ ١٧٣. والإمام الشافعى ، انظر : ترتيب المسند ٢/ ٧٣. والحاكم ، فى : المستدرك ٤/ ٣٤١. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/ ٢٩٢. وابن عدى ، فى : الكامل ٦/ ٢٠٣٦.

ومن حديث عبد اللّٰه بن أبى أوفى أخرجه ابن عدى ، فى : الكامل ٥/ ١٩٨٨. وأبو نعيم ، فى : أخبار أصبهان ٢/ ٨. والخطيب ، فى : تاريخ بغداد ١٢/ ٦٢. وانظر : الإرواء ٦/١٠٩ - ١١٤.



بابُ الميرَاثِ بالوَلاءِ

إذا مات المُعْتِقُ ولم يُخَلِّفْ وارِثًا مِن نَسَبِه ، وَرِثَه مَوْلاه ، وإن خَلَّفَ ذا فَرْضٍ ، فللمَوْلَى ما فَضَل عنه ؛ لِما روَى عبدُ اللَّهِ بنُ شَدَّادٍ قال : أَعْتَقَتِ ابْنَةُ حَمْزَةَ مَوْلًى لها ، فماتَ وتَرَك ابْنَتَه وابْنَةَ حَمْزَةَ ، فأَعْطَى النبيُّ ﷺ ابْنَتَه النِّصْفَ ، وابْنَةَ حَمْزَةَ النِّصْفَ[(1)] .

ولا يَرِثُ المَوْلَى مع عَصَبَةٍ مِن النَّسَبِ ؛ لأنَّه فَرْعٌ على النَّسَبِ ، فلا يَرِثُ مع وُجودِه .

وإن مات العَبْدُ بعدَ مَوْتِ مَوْلاه ، وَرِثَه أَقْرَبُ عَصَبةِ مَوْلاه دُونَ ذوى الفُروضِ ؛ لأنَّ الوَلاءَ كالنَّسَبِ ، والنَّسَبُ إلى العَصَباتِ ، ولأنَّه كنَسَبِ المَوْلَى مِن أخٍ أو عَمٍّ ، فيَرِثُه ابنُ المَوْلَى دُونَ ابْنَتِه ، كما يَرِثُ عمُّه .

ويُقَدَّمُ الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ مِن العصَباتِ ؛ لِما روَى سَعِيدُ بنُ المُسَيَّبِ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « المَوْلَى أَخٌ فى الدِّينِ ، وَوَلِيُّ نِعْمَةٍ ، يَرِثُه أَوْلَى النَّاسِ بالمُعْتِقِ »[(2)] . ولأنَّ عصَباتِ المَيِّتِ يَرِثُ منهم [٢٦٠و] الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ،

---

(١) بعده فى م : « رواه النسائى وابن ماجه » .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ميراث الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٣. والدارمى ، فى : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٣٧٣. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ٧٢، ٧٣.

(٢) أخرجه الدارمى ، فى : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ٣٧٢.=

فكذلك عصَباتُ المَوْلَى .

ولا يَرِثُ النِّساءُ مِن الوَلاءِ إلَّا ما أعْتَقْنَ[1] ، أو أعْتَق مَن أعْتَقْنَ . وعن أبى عبدِ اللَّهِ رِوايَةٌ أُخْرَى فى بِنْتِ المُعْتِقِ خاصَّةً ، أنَّها تَرِثُ ؛ لِما رُوِى عن النبىِّ ﷺ أنَّه وَرَّثَ بِنْتَ حَمْزَةَ مِن الذى أعْتَقَه حَمْزَةُ[2] . والصَّحِيحُ أنَّها لا تَرِثُ ، وأنَّها هى المُعْتِقَةُ للمَوْلَى ، كما رَوَى عبدُ اللَّهِ بنُ شَدَّادٍ فيما تقَدَّمَ .

ولا يَرِثُ منه ذو فَرْضٍ إلَّا الأبَ والجَدَّ ، يَرِثان السُّدُسَ مع الابْنِ وابْنِه ؛ لأنَّهما[3] عصَبَةٌ ، فقُسِم بينَهما ، كما يُقْسَمُ مالُ المُعْتَقِ بينَهما . فإنِ اجْتَمَع الجَدُّ والأخُ أو[4] الإخْوَةُ ، قُسِم بينَهما كما يُقْسَمُ مِيراثُ المُعْتَقِ ، ولا يُعْتَدُّ بالأخَواتِ ؛ لأنَّهُنَّ لا يَرِثْنَ مُنْفَرِداتٍ[5] . ويُقَدَّمُ الأخُ للأبَوَيْنِ على الأخِ [6]مِن الأبِ[6] . ويُعادُّ الأخُ للأبَوَيْن الجَدَّ بالأخِ للأبِ ؛ لأنَّه يَرِثُ مُنْفَرِدًا ، ثم الأقْرَبُ فالأقْرَبُ . فإذا انْقَرض عَصَباتُ المَوْلَى مِن النَّسَبِ ، فلمَوْلاه إن كان ذا مَوْلًى ، ثم لأقْرَبِ عَصَباتِه .

ولو اشْتَرَى رجلٌ وأُخْتُه أباهما ، أو أخاهما ، فعَتَق عليهما ، ثم اشْتَرَى

= وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يعتق فيموت ... ، سنن سعيد ١/ ٩٤. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/ ٣٠٤. كلهم عن الزهرى مرسلا .

(١) فى م : « أعتق » .

(٢) ذكره البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٦/ ٢٤١. وقال : هذا غلط ، وقد قال شريك : تقحم إبراهيم هذا القول تقحما ، إلا أن يكون سمع شيئا فرواه .

(٣) فى الأصل : « لأنها » .

(٤) فى الأصل ، ف : « و » .

(٥) فى الأصل : « متفرقات » .

(٦ - ٦) فى م : « للأب » .

عَبْدًا فأعْتَقَه ، ثم مات أبُوهما أو أخُوهما ، ثم مات عَتِيقُه ، فمِيراثُه للرجلِ دُونَ أُخْتِه ؛ لأنَّه يَرِثُه بنَسَبِه مِن مُعْتَقِه ،ولا تَرِثُ النِّساءُ مِن الوَلَاءِ بالنَّسَبِ[1] شيئًا .

فصل : وإذا مات رجلٌ عن ابْنَيْن ومَوْلًى ، فمات أحدُ الابْنَين بعدَه عن ابْنٍ ، ثم مات المَوْلَى ، فالميراثُ لابنِ المَوْلَى ؛ لأنَّ الوَلاءَ للكُبْرِ[2] ، ومَعْنَاه أنَّه يَرِثُ به أقْرَبُ الناسِ إلى سَيِّدِه يومَ مَوْتِ العَبْدِ ، وذلكَ لأنَّ[3] الوَلاءَ لُحْمَةٌ كلُحْمَةِ النَّسَبِ لا يُورَثُ ، وإنَّما يُورَثُ به مع بَقائِه للمَوْلَى ، فوَجَبَ أن يكونَ للكُبْرِ ؛ لأنَّه أقْرَبُ . ولو مات المُعْتِقُ وخَلَّفَ ابْنَيْنِ ومَوْلًى ، فمات أحدُهما وخَلَّفَ ابْنًا ، ومات الآخَرُ وخَلَّفَ تِسْعَةً ، ثم مات المَوْلَى ، كان الوَلاءُ بينَهم على عدَدِهم ، لكلِّ واحِدٍ[4] عُشْرُه[5] ؛ لِما ذكَرْناه .

فصلٌ فى جَرِّ الوَلاءِ : إذا تزَوَّجَ عبدٌ مُعْتَقَةَ[6] قَوْمٍ فأوْلَدَها ، فوَلاءُ الوَلَدِ لمَوْلَى أُمِّه ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ حصَلَتْ له بإعْتَاقِ الأُمِّ والإنْعَامِ عليها . فإن أعْتَقَ [7]سَيِّدُ العَبْدِ[7] عَبْدَه ، انْجَرَّ وَلَاءُ الوَلَدِ عن مَوْلَى الأُمِّ إلى مَوْلَى العَبْدِ ؛ لِما

---

(١) فى م : « بالنسبة » .

(٢) فى الأصل : « للكبير » .

(٣) فى الأصل : « أن » .

(٤) بعده فى م : « منهم » .

(٥) فى م : « عشرة » .

(٦) بعده فى ف : « معتقة » .

(٧ - ٧) فى الأصل : « السيد » .

رُوِىَ عن الزُّبَيْرِ أنَّه رَأى بخَيْبَرَ فِتْيَةً لُعْسًا[1] ، فأعْجَبَه ظَرْفُهم وجَمالُهم ، فسأل عنهم ، فقيل له : مَوالٍ لرافِعِ بنِ خَدِيجٍ ، وأبوهم مَمْلُوكٌ لآلِ الحُرَقَةِ[2] . فاشْتَرَى الزُّبَيْرُ أباهم فأعْتَقَه ، وقال لأوْلادِه : انْتَسِبُوا إلىَّ[3] ، فإنَّ وَلاءَكم لى . فقال رافِعُ بنُ خَدِيجٍ : الوَلاءُ لى ؛ لأنَّهم عتَقُوا بعِتْقِى أُمَّهم . فاحْتَكَمُوا إلى عُثْمانَ ، فقَضَى بالوَلاءِ للزُّبَيْرِ[4] . فاجْتَمَعَتِ[5] الصَّحابَةُ عليه . ولأنَّ الوَلاءَ فَرْعُ النَّسَبِ ، والنَّسَبُ مُعْتَبَرٌ بالأبِ ، وإنَّما ثَبَتَ لمَوْلَى الأُمِّ لعَدَمِ الوَلاءِ مِن جِهَةِ الأبِ ، فإذا ثَبَتَ الوَلاءُ على الأبِ ، عادَ الوَلاءُ إلى مَوْضِعِه ، كوَلَدِ المُلاعِنَةِ إذا اعْتَرفَ به الزَّوْجُ .

وإن أُعْتِقَ الجدُّ ، لم يَنْجَرَّ الوَلاءُ . وعنه ، يَنْجَرُّ . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاءُ الوَلاءِ لمَن ثَبَت له ، وإنَّما خُولِفَ هذا الأصْلُ فى الأبِ لإجْماعِ الصَّحابَةِ [٢٦٠ظ] عليه ، فيَبْقَى فى مَن عَداه على الأصْلِ .

فصل : وإن تزَوَّجَ عَبْدٌ أمَةً فأوْلَدَها ، فأعْتَقَها سيِّدُها ووَلَدَها ، ثَبَت له الوَلاءُ عليهم . فإن أعتَقَ الأبَ بعدَ ذلك ، لم يَنْجَرَّ الوَلاءُ ؛ لأنَّ الوَلاءَ ثَبَت على الوَلَدِ بالمُباشَرَةِ ، فكان المُنْعِمُ عليه بالمُباشَرَةِ أوْلَى مِن المُنْعِمِ على أبِيه[6] .

---

(١) اللَّعَسُ ؛ بالتحريك : سواد مستحسن فى الشفة .

(٢) الحرقة : بطن من جهينة . انظر المشتبه ٢٢٧.

(٣) فى م : « لى » .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠ / ٣٠٧. وحسنه فى الإرواء ٦ / ١٦٦.

(٥) فى الأصل ، م : « فأجمعت » .

(٦) فى الأصل : « ابنه » .

وإذا تزَوَّجَ حُرُّ الأصْلِ بمَوْلَاةٍ ، أو تزوَّجَ عَبْدٌ أومَوْلَى بِحُرَّةِ الأصْلِ ، فلا وَلاءَ على وَلَدِهم بحالٍ . وإن تَزوَّجَ مَوْلًى بمَوْلاةٍ ، فوَلاءُ ولَدِهما لسَيِّدِ الأبِ ؛ لأنَّ الاسْتِدامَةَ أقْوَى مِن الابْتِداءِ ، ثم ابْتِداءُ الحُرِّيَّةِ فى الأبِ يُسْقِطُ اسْتِدامَةَ الوَلاءِ لمَوْلَى الأُمِّ ، فلأَن يَمْنَعَ ابْتِداءَ الوَلاءِ له أَوْلَى .

فصل : إذا تزَوَّجَ عَبْدٌ مُعْتَقَةَ قَوْمٍ فأوْلَدَها وَلَدًا ، فاشْتَرَى الوَلَدُ أباه ، ثَبَت له وَلاؤُه ووَلاءُ أوْلادِه ، ويَبْقَى وَلاءُ المُعْتِقِ لمَوْلَى أُمِّه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يَجُرَّ وَلاءَ نَفْسِه ، لاسْتِحالَةِ ثُبوتِ وَلاءِ الإنسانِ على نَفْسِه ، كما يَسْتَحِيلُ أن يكونَ أبا نَفْسِه . وإن لم يَشْتَرِ أباه ، لكنِ اشْتَرَى عَبْدًا فأعْتَقَه ،ثم اشْتَرَى هذا العَبْدُ أبَا سيِّدِه فأعْتَقَه ، فإنَّه يَنْجَرُّ إليه[1] وَلاءُ سَيِّدِه ، ويَصِيرُ كلٌّ واحدٍ منهما مَوْلَى صاحبِه مِن فَوْقَ ومِن أسْفَلَ ، ويَصِيرُ هذا كحَرْبِيٍّ أعْتَقَ عَبْدًا فأسْلَمَ ، وأسَرَ سَيِّدَه ثم أعْتَقَه .

فصل : ولو تزَوَّجَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فأوْلَدَها بِنْتَيْنِ ، فاشْتَرَيا أبَاهما[2] ، عتَقَ عليهما ، ولهما عليه الوَلاءُ ، وتَجُرُّ كلُّ واحِدَةٍ منهما إلىنَفْسِها نِصْفَ وَلاءِ أُخْتِها ؛ لإعْتاقِها نِصْفَ الأبِ ، ويَبْقَى نِصْفُ وَلاءِ كلِّ واحِدَةٍ منهما لمَوْلَى أُمِّها . فإن مات الأبُ ، فمَالُه لهما ، ثُلُثَاه بالبُنُوَّةِ ، وباقِيه بالوَلاءِ . فإن ماتَت إحْداهما بعدَه ، فلأُخْتِها نِصْفُ مالِها بالنَّسَبِ ، ونِصْفُ الباقِى بكَوْنِها مَوْلاةَ نِصْفِها ، ويَبْقَى الرُّبُعُ لمَوْلَى أُمِّها . وإن ماتَت إحْداهما قبلَ الأبِ ، فمالُها لأَبِيها بالنَّسَبِ . فإذا مات الأبُ بعدَها ، فللباقِيَةِ نِصْفُ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « أباها » .

ميراثِ أبيها بالنَّسَبِ ، ونِصْفُ الباقِى بالوَلاءِ ، يَبْقَى الرُّبُعُ لمَوالى المَيِّتَةِ ، وهم أُخْتُها ومَوَالى أُمِّها ، لأُخْتِها[1] نِصْفُه وهو الثُّمُنُ ، صار لها سَبْعَةُ أَثْمانِ المالِ ، ولموالى أُمِّ المَيِّتَةِ الثُّمُنُ ، فإذا ماتَت هذه بعدَهما ، فنِصْفُ مالِها لموالى أُمِّها بالوَلاءِ ، ونِصْفُه لمَوالى أُخْتِها المَيِّتَةِ ، وهم أُخْتُها ومَوالى أُمِّها ، فيكونُ الرُّبُعُ لمَوالى أُمِّها ، والرُّبُعُ الباقِى يَرْجِعُ إلى هذه المَيِّتَةِ ، فهذا الجُزْءُ دائِرٌ ؛ لأنَّه خَرَجَ مِن هذه وعاد إليها ، فقال القاضى : يُجْعَلُ فى بيتِ المالِ ؛ لأنَّه لا مُسْتَحِقَّ له . وإن مات الأبُ بعدَ مَوْتِهما ، فلمَوالى أُمِّهما ثلاثَةُ أَرْباعِ مالِه ، ورُبُعٌ دائِرٌ يَرْجِعُ إلى بَيْتِ المال . وذكَرَ أبو عَبْدِ اللَّهِ الوَنِّىُّ[2] أنَّ قِياسَ قولِ أحمدَ ، أنَّ هذا السَّهْمَ يُرَدُّ إلى مَوالى الأُمِّ . فعلى هذا ، يكونُ جميعُ الميراثِ لمَوالى الأُمِّ .

---

(١) فى م : « لأخيها » .

(٢) سقط من : الأصل ، وفى م : « الرقى » .

وهو الحسين بن محمد الونى الفرضى الشافعى ، كان متقدما فى علم الفرائض ، له فيه تصانيف جيدة ، قتل فى بغداد فى فتنة البساسيرى سنة خمسين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٤/ ٣٧٤.

كِتَابُ العِتْقِ

وهو قُرْبَةٌ مَنْدُوبٌ إليها ؛ بدَلِيلِ ما روَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : [٢٦١و] « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً ، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ[(١)] ، حَتَّى إِنَّه لَيُعْتِقُ اليَدَ بِاليَدِ ، والرِّجْلَ بالرِّجْلِ ، والفَرْجَ بِالفَرْجِ » . [(٢]مُتَّفَقٌ عليه[٢)] . والأفْضَلُ عِتْقُ مَن له قُوَّةٌ وكَسْبٌ يَسْتَغْنِى به . فأمَّا مَن لا كَسْبَ له ، فحُكِىَ عن أحمدَ أنَّه لا يُسْتَحَبُّ عِتْقُه ؛ لأنَّه يتَضَرَّرُ بفَواتِ نفَقَتِه الواجِبَةِ له ،ورُبَّما صار كَلًّا على الناسِ .

فصل : ويَحْصُلُ العِتْقُ بثَلاثَةٍ ؛ القَوْلُ ، والمِلْكُ ، والاسْتِيلَادُ ، ولا يَحْصُلُ بالنِّيَّةِ المُجَرَّدَةِ ؛ لأنَّه إزَالَةُ مِلْكٍ ، فلم يَحْصُلْ بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كالطَّلاقِ .

---

(١) بعده فى م : « رواه مسلم » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة * أو إطعام فى يوم ذى مسغبة * يتيما ذا مقربة ﴾ ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول اللَّه تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ ، وأى الرقاب أزكى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ٣/ ١٨٨ ، ٨/ ١٨١ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/ ١١٤٧ ، ١١٤٨ . وليس عندهما ذكر اليد والرجل .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقبة ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٧/ ٢٤ ، ٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٢٠ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ . وهذا لفظه .

وأَلفاظُه تَنْقَسِمُ إلى صَرِيحٍ وكِنايَةٍ ، فالصَّرِيحُ لَفْظُ العِتْقِ والحُرِّيَّةِ ، وما تصَرَّفَ منهما ؛ لأنَّه ثَبَت لهما عُرْفُ الشَّرْعِ والاستعْمالِ ، فكانَا صَرِيحَيْنِ ، كلَفْظِ الطَّلاقِ فيه[1] . فإن أراد بهما غيرَ العِتْقِ ، كرجلٍ يقولُ لغُلَامِه : هو حُرٌّ . يريدُ أنَّه عَفِيفٌ كريمُ الأخْلاقِ ، أو يُغَالِبُه فيقولُ : ما أنْتَ إلَّا حُرٌّ . يريدُ أنَّكَ تَمْتَنِعُ مِن طاعَتِى امْتِناعَ الحُرِّ ، فقد قال أحمدُ فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ : أرْجُو أن لا يَعْتِقَ ، وأنا أهابُ المسْألَةَ . فظاهِرُ هذا أنَّه لا يَعْتِقُ ؛ لأنَّه نَوَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُه ، فانْصَرَفَ إليه ، كما لو نَوَى العِتْقَ بكِنايَتِه[2] .

والكِنايَةُ نحوُ قولِه : قد خَلَّيْتُكَ ، [3]واذْهَبْ[3] حيث شِئْتَ ، والْحَقْ بأهْلِكَ ، وحَبْلُكَ على غارِبِكَ . ونحوُه . فلا يَعْتِقُ بذلك حتى يَنْوِيَه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ غيرَ العِتْقِ[4] ، فأَشْبَهَ كِنايَةَ الطَّلاقِ فيه .

وفى قَوْلِه : لا سَبِيلَ لى عليكَ ، ولا سُلْطانَ لى عليكَ ، وأنْتَ سائِبَةٌ ، وفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ ، ولا رِقَّ لى عليكَ ، ولا مِلْكَ لى عليكَ ، وأنْتَ للهِ ، وأنْتَ مَوْلَاىَ ، ومَلَّكْتُكَ نَفْسَكَ[5] . رِوايَتان ؛ إحْداهما ، هو صَرِيحٌ فى العِتْقِ ؛ لأنَّها تتَضَمَّنُ العِتْقَ ، وقد جاءَ فى كتابِ اللَّهِ تعالى : ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾[6] . يَعْنِى العِتْقَ . فكانَتْ صَرِيحَةً ، كقَوْلِه : أعْتَقْتُكَ . والثانيةُ ،

---

(١) فى م : « فى الطلاق » .

(٢) فى س ٢ : « بكتابته » .

(٣ - ٣) فى الأصل ، س ٢ ، ف : « فاذهب » .

(٤) بعده فى ف : « احتمالا غير بعيد » .

(٥) بعده فى م : « فيه » .

(٦) سورة البلد ١٣ .

هى[1] كِنايَةٌ ؛ لأنَّها تَحْتَمِلُ غيرَ العِتْقِ . وقال القاضى : قَوْلُه : لا رِقَّ لى عليكَ ، ولا مِلْكَ لى عليكَ ، وأنْتَ للَّهِ . صَرِيحٌ ، نَصَّ عليه أحمدُ فى : أنْتَ للَّهِ . لأنَّ مَعْناه : أنْتَ حُرٌّ للَّهِ . واللَّفْظَانِ الأَوَّلَانِ صَرِيحان[2] فى نَفْيِ المِلْكِ ، والعِتْقُ مِن ضَرُورَتِه .

وفى قَوْلِه لأَمَتِه : أنْتِ طالِقٌ ، أو أنْتِ حَرامٌ عَلَيَّ . رِوايَتان ؛ إحداهما ، هو كِنايَةٌ ، تَعْتِقُ به إذَا نَوَى به العِتْقَ ؛ لأنَّ الرِّقَّ أحدُ المِلْكَيْنِ فى الآدَمِيِّ ، فيَزُولُ بلَفْظِ الطَّلاقِ ، كمِلْكِ النِّكاحِ ، والحُرِّيَّةُ يحْصُلُ بها تَحْرِيمُها عليه ، فجاز أن يكونَ كِنايَةً فيه . والثانيةُ ، ليس بكِنايَةٍ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لا يُسْتَدْرَكُ بالرَّجْعَةِ ، فلم يَزُلْ بالطَّلاقِ ، كمِلْكِ المالِ ، والتَّحْرِيمُ صَرِيحٌ فى الظِّهارِ ، فلم يكنْ كِنايَةً فى العِتْقِ ، كقولِه : أنْتِ عَلَيَّ كظَهْرِ أُمِّى .

فصل : ولا يَصِحُّ العِتْقُ إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ ، ولايَصِحُّ مِن صَبِيٍّ ، ولامَجْنُونٍ ، ولاسَفِيهٍ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ فىالحياةِ ، فأشْبَهَ الهِبَةَ . ولا يَصِحُّ عِتْقُ المَوْقُوفِ ؛ لأنَّ فيه إبْطالًا لحَقِّ البَطْنِ الثانى منه ، وليس له ذلك .

فصل : وإن كان العَبْدُ بينَ شَرِيكَيْنِ ، فأعْتَق أحدُهما نَصِيبَه وهو مُوسِرٌ ، عَتَق كلُّه ، ووَجَب عليه قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لِما روَى ابنُ عُمَرَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ أعْتَقَ شِرْكًا [٢٦١ظ] لَهُ فِى عَبْدٍ ، فإنْ كَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ

---

(١) فى م : « هو » .
(٢) فى الأصل ، س ٢ ، ف : « صريح » .

ثَمَنَ العَبْدِ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ العَدْلِ ، فَأَعْطَى شركاءَه حِصَصَهُمْ ، [(١] وعَتَقَ العَبْدُ [١)] ، وإلَّا فَقَدْ عَتَقَ منه[(٢)] مَا عَتَقَ » . مُتَّفَقٌ عليه[(٣)] . وفى لَفْظٍ : « وَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَه بقِيمَةِ العَدْلِ ، فَهُوَ عَتِيقٌ »[(٤)] . وفى لَفْظٍ : « فَقَدْ عَتَقَ كُلُّه »[(٥)] . ويَعْتِقُ كُلُّه حالَ إعْتاقِ الشَّرِيكِ ؛ للخَبَرِ . ولأنَّه سِرَايَةُ قَوْلٍ ، فنَفَذ فى الحالِ ، كطلَاقِ بعضِ الزَّوْجَةِ .

فإن أعْتَقه الشَّرِيكُ عَقِيبَ عِتْقِ الأوَّلِ ، وقبلَ أخْذِ القِيمَةِ ، لم يَثْبُتْ له فيه عِتْقٌ ؛ لأنَّه صارَ حُرًّا بعِتْقِ الأوَّلِ . ولو لم يُؤَدِّ[(٦)] القِيمَةَ حتى أفْلَس ، كانَتْ دَيْنًا فى ذِمَّتِه ، وعِتْقُه ماضٍ .

ووَقْتُ التَّقْوِيمِ وَقْتُ العِتْقِ ؛ لأنَّه وَقْتُ الإتْلافِ ، فأَشْبَهَ الجِنايَةَ ، فإنِ اخْتَلَفا فى القِيمَةِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُعْتِقِ ؛ لأنَّه غارِمٌ . وإنِ اخْتَلَفا فى صِناعَةٍ تَزِيدُ بها قِيمَتُه ، أو عَيْبٍ تَنْقُصُ به قِيمَتُه ، فالقَوْلُ قولُ مَن يَنْفِيه ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُه .

وسَواءٌ كان المُعْتِقُ مُسْلِمًا أو كافِرًا ؛ لأنَّه تَقْوِيمُ مُتْلَفٍ ، فاسْتَوَى فيه

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ف .

(٢) فى م : « عليه » .

(٣) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥١٤، ٥١٥.

(٤) بعده فى الأصل ، س ٢، ف : « رواه أبو داود » .
وليس هذا اللفظ عند أبى داود بل هو لفظ البخارى .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٥٣.

(٦) فى ف : « يرد » .

المُسْلِمُ والكافِرُ ، كتَقْويمِ المُتْلَفاتِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْرِىَ[1] عِتْقُ الكافِرِ فى المُسْلِمِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أنْ يتَمَلَّكَه[2] .

وإن كانَ نَصِيبُ الشَّرِيكِ وَقْفًا ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ الوَقْفَ لا يَعْتِقُ بالمُباشَرَةِ ، فبالسِّرايَةِ أَوْلَى .

وإن كان المُعْتِقُ مُعْسِرًا ، عَتَق نَصِيبُه منه خاصَّةً ، وباقِيه على الرِّقِّ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ سِرايَةَ العِتْقِ ضَرَرٌ بالشَّرِيكِ[3] ؛ لتَلَفِ مالِه بغيرِ رِضَاه مِن غيرِ عِوَضٍ يَجْبُرُه . وعنه ، يُسْتَسْعَى العَبْدُ فى قِيمَةِ باقِيه ، ويَعْتِقُ كلُّه ؛ لِمَا رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِى مَمْلُوكٍ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَه كُلَّهُ ، إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلَّا اسْتُسْعِىَ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ علَيْهِ » . رَواه أبو داودَ[4] . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ خَبرَ ابنِ عُمَرَ أصَحُّ ، ولأنَّ الإحالَةَ على السِّعايَةِ إحالَةٌ على وَهْمٍ ، وفيه ضَرَرٌ بالعَبْدِ بإجْبَارِه على الكَسْبِ مِن غيرِ اخْتِيارِه . فإن كان معه قِيمَةُ البَعْضِ ، عَتَق منه بقَدْرِه ؛ لأنَّ ما وَجَب بالاسْتِهْلاكِ إذا عَجَز عن البَعْضِ ، وَجَب بقَدْرِ ما قَدَرَ

---

(١) فى الأصل : « يستوى » .

(٢) فى س ٢ : « يملكه » .

(٣) فى س ٢ : « بالسراية » .

(٤) فى : باب من ذكر السعاية فى هذا الحديث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٤٩.
كما أخرجه البخارى ، فى : باب تقويم الأشياء بين الشركاء ... ، من كتاب العتق ٣/ ١٨٢. ومسلم ، فى : باب ذكر سعاية العبد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/ ١١٤٠. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العبد ... ، من أبواب الأحكام . سنن الترمذى ٦/ ٩٣، ٩٤. وابن ماجه ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٤. والإمام أحمد ٢/ ٤٧٢.

عليه، كقِيمَةِ المُتْلَفِ.

فصل: وإن أعْتَق المُعْسِرُ بعضَ عَبْدِه، عَتَق كُلُّه؛ لأنَّه مُوسِرٌ بما يَسْرِى إليه، فأشْبَهَ ما لو أعْتَق بعضَ عَبْدٍ وهو مُوسِرٌ بقِيمَةِ باقِيه. فإن أعْتَق بعضَه فى مرضِ مَوْتِه، عَتَق منه ما يَحْتَمِلُه الثُّلُثُ وإن زاد على قَدْرِ ما أعْتَق؛ لأنَّ عِتْقَ بعضِه كعِتْقِ جميعِه. وإنِ احْتَمل الثُّلُثُ جَمِيعَه، عَتَق كُلُّه.

فصل: وإذا مَلَك بَعْضَ عَبْدٍ، فأعْتَقه فى مَرَضِ مَوْتِه أو دَبَّرَه، فعَتَق بمَوْتِه، وكان ثُلُثُ مَالِه يَفِى بقِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِه، أُعْطِيَ، وكان كُلُّه حُرًّا، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ؛ لأنَّ ثُلُثَه له، فكان مُوسِرًا به. والأُخْرَى، لا يَعْتِقُ منه إلَّا ما مَلَكَ؛ لأنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ تعَلَّقَ بمالِه، إلَّا ما اسْتَثْنَاه مِن الثُّلُثِ بتَصَرُّفِه فيه. ذكَرَهما الخِرَقِىُّ، وأبو الخَطَّابِ. قال الخِرَقِىُّ: وكذلك الحُكْمُ إذا دَبَّرَ بعضَه وهو مالِكٌ لكلِّه؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ عمَّا سِوَى المُعْتَقِ. وقال القاضى: إن أعْتَقَه فى مَرَضِ مَوْتِه وهو مُوسِرٌ، عَتَق جميعُه؛ لأنَّه أعْتَقَه وهو [٢٦٢و] مُوسِرٌ بثَمَنِ جميعِه، فدَخَلَ فى الخَبَرِ، وإن دَبَّرَه، لم يَعْتِقْ إلَّا ما مَلَكَ؛ لأنَّ مِلْكَه زالَ بالمَوْتِ، إلَّا ما اسْتَثْنَاه بوَصِيَّتِه. وصَحَّح الرِّوايَةَ الأُولَى فى العِتْقِ فى المَرَضِ، والثانِيَةَ فى التَّدْبِيرِ.

فصل: وإذا كان العَبْدُ لثَلاثَةٍ؛ لأحَدِهم نِصْفُه، وللآخَرِ[1] ثُلُثُه، وللثالثِ سُدُسُه، فأعْتَق صاحِبُ النِّصْفِ وصاحِبُ السُّدُسِ معًا، وهما مُوسِرانِ، عَتَق عليهما، وضَمِنَا حقَّ شَرِيكِهما فيه بالسَّوِيَّةِ؛ لأنَّ التَّقْوِيمَ

---

(١) فى الأصل: «لآخر».

المُسْتَحَقَّ بالسِّرايَةِ يُقَسَّطُ[1] على عدَدِ الرُّءوسِ، كما لو اشْتَرَكَ اثْنَانِ فى جِراحَةِ رجلٍ، جرَحَه أحدُهما جُرْحًا، والآخَرُ عَشَرَةً، ويكونُ وَلاؤُه[2] بَيْنَهما أثْلاثًا؛ لصاحِبِ النِّصْفِ ثُلُثَاه، ولصاحِبِ السُّدُسِ ثُلُثُه. ويَحْتَمِلُ أن يُقَوَّمَ عليهما على قَدْرِ مِلْكَيْهِما؛ لأنَّه يُسْتَحَقُّ بالمِلْكِ، فكانَ على قَدْرِه، كالشُّفْعَةِ، فيكونُ وَلاؤُه بَيْنَهما أرْبَاعًا.

فصل: وإذا كان العَبْدُ لثلاثةٍ، فأعْتَقُوه معًا، أو وَكَّلَ نفْسَانِ الثالثَ فأعْتَقَ[3] حَقَّيْهِما[4] مع حقِّه، أو أعْتَقَه كلُّ واحِدٍ منهم وهو مُعْسِرٌ، عَتَق على كلِّ واحدٍ حقُّه منه[5]، ووَلاؤُه بينَهم أثْلاثًا، وإن أعْتَقه الأوَّلُ وهو مُعْسِرٌ، وأعْتَقَه الثانى وهو مُوسِرٌ، عَتَق عليه نَصِيبُه ونَصِيبُ شَرِيكِه، وكان ثُلُثُ وَلائِه للمُعْتِقِ الأوَّلِ، وثُلُثَاه للمُعْتِقِ الثانى. وإن قال اثْنان منهم للثالثِ: إذا أعْتَقْتَ نَصِيبَكَ، فنَصِيبُنا حُرٌّ. فأعْتَق نَصِيبَه وهو مُوسِرٌ، عَتَق كلُّه عليه، وقُوِّمَ عليه نَصِيبُ شَرِيكَيْه[6]، ووَلاؤُه له دُونَهما. ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ نَصِيبُهما عليهما؛ لأنَّ إعْتاقَ نَصِيبِهما يتَعَقَّبُ إعْتَاقَ نَصِيبِه [7]مِن غيرِ فاصِلٍ[7]، فلا تَسْبِقُه[8] السِّرايَةُ. وإن كانَ مُعْسِرًا،

---

(1) فى الأصل، م: «يسقط».
(2) سقط من: الأصل.
(3) فى الأصل: «فإن أعتق».
(4) فى الأصل، م: «حقهما».
(5) فى م: «منهم».
(6) فى الأصل: «شريكه».
(7 - 7) زيادة من: الأصل.
(8) فى الأصل: «تستقر».

عَتَق عليه[1] نَصِيبُه خاصَّةً ، وعَتَق نَصِيبُ صاحِبَيْه بالشَّرْطِ ، ووَلاؤُه بَيْنَهم أثْلاثًا ، سَواءٌ اتَّفَقا فى القَوْلِ أو سَبَق به أحدُهما ؛ لأنَّ الوُقُوعَ بوُجُودِ الشَّرْطِ ، وقد اسْتَوَيَا فيه . وإن قالا له : إذا أعْتَقْتَ نَصِيبَكَ ، فنَصِيبُنَا حُرٌّ مع نَصِيبِكَ . فأعْتَق نَصِيبَه ، عَتَق نَصِيبُ كلِّ واحدٍ على مالِكِه[2] ؛ لأنَّ عِتْقَه وقَعَ فى حالَةٍ واحِدَةٍ .

فصل : فأمَّا العِتْقُ بالمِلْكِ ، فإنَّ مَن مَلَك ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، عَتَق عليه بمُجَرَّدِ مِلْكِه ؛ لِمَا روَى سَمُرَةُ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ » . روَاه أبو داوُدَ[3] . ولأنَّه ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فعَتَق عليه إذا مَلَكه ، كالوَلَدِ . وعنه ، لا يَعْتِقُ عليه إلَّا عَمُودَا[4] النَّسَبِ ؛ بِناءً على أنَّ نفَقَةَ غيرِهم لا تَجِبُ .

وإنْ مَلَك بعضَ مَن يَعْتِقُ عليه بسبَبٍ غيرِ الميراثِ ، فهو كإعْتَاقِه له[5] فى تَقْوِيمِ باقِيه عليه مع اليَسَارِ ، وبَقائِه على الرِّقِّ مع الإعْسَارِ ؛ لأنَّه عَتَقَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « ما ملكه و » .

(٣) فى : باب فى من ملك ذا رحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٥١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى من ملك ذا رحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٥ ، ١٨ . وهو حديث صحيح . انظر إرواء الغليل ٦/١٦٩ - ١٧١ .

(٤) فى الأصل ، ف : « عمود » .

(٥) فى ف : « لهم » .

بسَببٍ مِن جِهَتِه ، فأشْبَهَ إعْتاقَه بالقَوْلِ . وإنْ مَلَكَه بالإرْثِ ، لم يَعْتِقْ منه إلَّا ما مَلَكَ ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ؛ لأنَّه لا اخْتيارَ له فى إعْتَاقِه ، ولا سبَبَ مِن جِهَتِه .ونقَلَ عنه المَرُّوذِىُّ ما يدُلُّ على أنَّه يَعْتِقُ عليه [(1)] نَصِيبُ الشَّرِيكِ إذا كان مُوسِرًا [(1)] ؛ لأنَّه مَلَكَ بعضَه ، أشْبَهَ البَيْعَ .

وإذا مَلَكَ وَلَدَه مِن الزِّنى ، لم يَعْتِقْ عليه ، على ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنه لا تَجِبُ عليه نَفَقَتُه . ويَحْتَمِلُ أنْ يَعْتِقَ عليه ؛ لأنَّه وَلَدٌ يَحْرُمُ نِكاحُه ، فعَتَقَ ، كوَلَدِ الرَّشْدَةِ [(2)] .

فصل : وإن وُهِبَ لصَبِىٍّ [٢٦٢ظ] مَن يَعْتِقُ عليه ، أو وُصِّىَ له به ، وكان بحيث لا يَجِبُ على الصَّبِىِّ نفقَتُه ؛ لكونِ الصَّبِىِّ مُعْسِرًا ، أو المَوْهوبِ صَحِيحًا كبيرًا ، إذا كَسَبَ وجَبَ على الوَلِىِّ قَبُولُ الهِبَةِ والوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا للصَّبِىِّ ، وجَمالًا بحُرِّيَّةِ قَرِيبِه مِن غيرِ ضَرَرٍ . وإن كان بحيث يلْزَمُه نفَقَتُه ، لم يكنْ له قَبُولُه ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا بإلْزامِه نفقَتَه . وإن وُهِبَ له جُزْءٌ ممَّن يَعْتِقُ عليه ، وكان ممَّن لا تَجِبُ نفَقَتُه ، ففيه وَجْهان مَبْنِيَّان على أنَّه هل يُقَوَّمُ على الصَّبِىِّ باقِيه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُقَوَّمُ عليه باقِيه ؛ لأنَّه يَدْخُلُ فى مِلْكِه بغيرِ سبَبٍ مِن جِهَتِه ، أشْبَهَ الإرْثَ . فعلى هذا ، يَلْزَمُ وَلِيَّه قَبُولُه ؛ لِما فيه مِن النَّفْعِ الخَالِى عن الضَّرَرِ . والثانى ، يُقَوَّمُ [(3)] عليه ؛ لأنَّ قَبُولَ وَلِيِّه يقومُ مَقامَ قَبُولِه ، كما لو قَبِلَ وَكِيلُ البالِغِ . فعلى

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى س ٢، م : « الرشيدة » .

(٣) فى الأصل : « قوم » .

هذا ، لا يَمْلِكُ قَبولَه . فإن قَبِل فى مَوْضِعٍ لا يَمْلِكُ القَبولَ ، لم يَصِحَّ . ولا يَمْلِكُ الوَلِيُّ شِراءَ مَن يَعْتِقُ على الصَّبِيِّ ؛ لأنَّه إذا لم يَمْلِكْ قَبولَ الهِبَةِ التى لا عِوَضَ فيها ، فالبَيْعُ أوْلَى .

فصل : وإذا أعْتَق فى مَرَضِه عَبِيدًا لا مالَ له غيرُهم ، أو دَبَّرهم ، أو وَصَّى بعِتْقِهم ، أو دَبَّر أحَدَهم ووَصَّى بعِتْقِ الباقِينَ ، لم يَعْتِقْ منهم إلَّا الثُّلُثُ ، إلَّا أن يُجيزَ الوَرَثَةُ ، فيُقْرَعَ بينَهم بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وسَهْمَىْ رِقٍّ ، فمَن خَرَج له سَهْمُ حُرِّيَّةٍ ، عَتَق ، ورَقَّ الباقون ؛ لِما رَوَى عِمْرَانُ بنُ حُصَيْنٍ أنَّ رَجُلًا مِن الأنْصارِ أعْتَق سِتَّةَ[1] مَمْلُوكِينَ فى مَرَضِه لَا مالَ له غيرُهم ، فجَزَّأَهم رسولُ اللَّهِ ﷺ ثلاثَةَ أجْزاءٍ ، فأَعْتَق اثْنَيْنِ ، وأرَقَّ أرْبَعةً . أخْرجَه مسلمٌ[2] . وإن كان عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهم ، لم يَعْتِقْ منهم شىءٌ ؛ لأنَّ عِتْقَهم وَصِيَّةٌ ، وقد قَضَى رسولُ اللَّهِ ﷺ أنَّ الدَّيْنَ قبلَ الوَصِيَّةِ[3] . وإن كان يَسْتَغْرِقُ بعضَهم ، عَتَق مِن باقِيهم ثُلُثُه[4] ، فيُقْرَعُ بَيْنَهم لإخْراجِ الدَّيْنِ ، ثم يُقْرَعُ بَيْنَهم لإخْراجِ الحُرِّيَّةِ . فإن كان الدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ نِصْفَهم ، جَزَّأْناهم جُزْأيْنِ ، وأقْرَعْنا بَيْنَهم بسَهْمِ[5] دَيْنٍ وسَهْمِ تَرِكَةٍ ، فمَن خَرَج له سَهْمُ[6] الدَّيْنِ ، بِيعَ فيه ، ثم يُقْرَعُ بينَ الباقِينَ بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وسَهْمَىْ رِقٍّ كما ذَكَرْنا .

---

(١) بعده فى الأصل : « مماليك » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣.

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١.

(٤) فى الأصل : « ثلاثة » .

(٥) فى الأصل : « بسهمى » .

(٦) فى الأصل : « سهمى » .

فصل : ولو أعْتَقَهم وثُلُثُه[1] يَحْتَمِلُهم ، فأعْتَقْناهم ، ثم ظهَر عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهم ، بِعْناهم فيه ؛ لِما ذكَرْنا . فإن قال الوَرَثَةُ : نحن نَقْضِى الدَّيْنَ ونُجيزُ العِتْقَ . احْتَمَل أنَّ لهم ذلك ؛ لأنَّ المانِعَ إنَّما هو الدَّيْنُ ، فإذا قُضِىَ ، زال المانِعُ ، فثَبَت العِتْقُ ، واحْتَمَل أنَّه ليس لهم ذلك ؛ لأنَّ الغُرَماءَ تتَعلَّقُ حُقُوقُهم بالتَّرِكَةِ ، فلم يَمْلِكِ الوَرَثَةُ إبْطَالَها بالقولِ ، لكنْ إذا قَضَوُا الدَّيْنَ ، فلهم اسْتِئْنافُ العِتْقِ . وإن أعْتَقْنا بعضَهم بالقُرْعَةِ ، ثم ظَهَر عليه دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ بعضَهم ، احْتَمَل أن يَبْطُلَ العِتْقُ فى الجميعِ ، كما لو اقْتَسم الشُّرَكاءُ ثم ظَهَر لهم شَرِيكٌ ثالثٌ ، واحْتَمَل أن يَبْطُلَ بقَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لأنَّ بُطْلانَه لأجْلِ الدَّيْنِ ، فيُقَدَّرُ بقَدْرِه . ولو أعْتَقهم ، فأعْتَقْنَا منهم واحِدًا يَعْجِزُ[2] ثُلُثُه عن أكْثَرَ منه ، ثم ظَهَرَ له[3] مَالٌ يخْرُجُونَ مِن ثُلُثِه ، وتَبَيَّنَّا أنَّ الباقِينَ كانُوا أحْرَارًا مِن حينَ أعْتَقَهم ، فيكونُ [٢٦٣و] كَسْبُهم لهم ؛ لأنَّهم[4] يخْرُجُونَ مِن الثُّلُثِ .

فصل : فإن مات بعضُهم ، أقْرَعْنا بينَهم ، فإن خرَجَتْ لميِّتٍ حَسَبْناه مِن التَّرِكَةِ ، وقَوَّمْناه حينَ العِتْقِ ؛ لأنَّه خَرَج بذلك مِن التَّرِكَةِ . وإن خرَجَتْ لحَىٍّ ، نظَرْنَا فى الميِّتِ ؛ فإن مات فى حياةِ المُعْتِقِ أو بعدَها قبلَ قَبْضِ الوارِثِ ، لم يُحْسَبْ مِن التَّرِكَةِ ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إلى الوارِثِ ،

---

(١) فى الأصل : « ثلاثة » .

(٢) فى ف : « لعجز » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) بعده فى الأصل : « لم » .

فتكونُ التَّرِكَةُ[1] الحَيَّيْنِ[2]، فيُكَمَّلُ ثُلُثُهما[3] ممَّن وقَعَتْ عليه القُرْعَةُ، وتُعْتَبَرُ قِيمَتُه حِينَ[4] إعْتاقِه؛ لأنَّه[5] حِينُ إتْلافِه. وحكَى أبو الخَطَّابِ عن أبى بَكْرٍ أنَّ المَيِّتَ يُحْسَبُ مِن التَّرِكَةِ، [6]ويَعْتِقُ مَن تقَعُ عليه القُرْعَةُ إن خرَجَ مِن الثُّلُثِ؛ لأنَّنا حَسَبْناه مِن التَّرِكَةِ[6] إذا وقَعَتِ القُرْعَةُ له، فكذلك إذا وَقَعَتْ لغيرِه. فإن ماتَ بعدَ قَبْضِ الوارِثِ، حُسِبَ مِن[7] التَّرِكَةِ؛ لأنَّه وصَلَ إليه.

فصلٌ فى كَيْفِيَّةِ القُرْعَةِ: قال أحمدُ: بأيِّ شيءٍ خَرَجَتِ القُرْعَةُ، وَقَع الحُكْمُ به، سَواءٌ كانَتْ رِقاعًا أو خَواتِيمَ. وذلك لأنَّ[8] الشَّرْعَ وَرَد بالقُرْعَةِ، ولم يَرِدْ بكَيْفِيَّتِها، فوَجَب رَدُّها إلى ما يقَعُ عليه الاسْمُ ممَّا تَعارَفَه الناسُ. والأَحْوَطُ أن تُقْطَعَ رِقَاعٌ مُتَساوِيَةٌ يُكْتَبُ فى كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ ذى السَّهْمِ، ثم تُجْعَلَ فى بَنادِقِ طِينٍ أو شَمْعٍ مُتَساوِيَةٍ، ثم تُغَطَّى بثَوْبٍ، ويقال لرجلٍ: أَدْخِلْ يَدَكَ فأَخْرِجْ بُنْدُقَةً. فيَفُضُّها[9]، ويَعْلَمُ ما فيها، فإن كان القَصْدُ عِتْقَ الثُّلُثِ، جُزِّئَ العَبِيدُ ثلاثَةَ أجْزاءٍ، فإن أمْكَن تَجْزِئَتُهم

---

(١) فى م: «لتركة».

(٢) فى الأصل: «للحيين».

(٣) فى الأصل: «ثلثها».

(٤) فى ف: «من».

(٥) فى م: «لا».

(٦ - ٦) سقط من: الأصل.

(٧) فى الأصل: «فى».

(٨) فى الأصل: «أن».

(٩) فى ف: «فيقصها».

بالعَدَدِ والقِيمَةِ ، كسِتَّةِ أعْبُدٍ قِيمَتُهم مُتَساوِيَةٌ ، جعَلْنا كلَّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، كما فعَلَ النبىُّ ﷺ فيهم . وإن كانَتْ قِيمَتُهم مُخْتَلِفَةً ، إلَّا أنَّنا إذا ضَمَمْنا قليلَ القِيمَةِ إلى كثيرِها ، صارَ أثْلاثًا ، فعَلْنا ذلك .

وإن أمْكَن تَعْدِيلُهم بالقِيمَةِ دُونَ العَدَدِ ، كسِتَّةٍ قِيمَةُ أحَدِهم الثُّلُثُ ، وقِيمَةُ اثْنَيْنِ الثُّلُثُ ، وقِيمَةُ ثَلاثَةٍ الثُّلُثُ ، جَزَّأْناهم بالقِيمَةِ .

وإن لم يُمْكِنْ تَعْدِيلُهم بقِيمَةٍ[1] ولا عدَدٍ ، كثَمانِيَةِ أعْبُدٍ قِيمَتُهم مُخْتَلِفَةٌ أو مُتَساوِيَةٌ ، احْتَمل أن لا نُجَزِّئَهم[2] ، بل نُخْرِجُ قُرْعَةَ الحُرِّيَّةِ لواحِدٍ واحدٍ ، حتى يُسْتَوْفَى[3] الثُّلُثُ ، واحْتَمل أن نُقارِبَ بَيْنَهم ، ونُجَزِّئَهم ثلاثَةَ أجْزَاءٍ ، فنَجْعَلَ ثلاثَةً جُزْءًا ، وثلاثَةً جُزْءًا ، واثْنَيْنِ جُزْءًا ، فإن خرَجَتِ القُرْعَةُ على زائِدٍ على الثُّلُثِ ، أقْرَعْنا بينَ مَن وقَعَتْ لهم القُرْعَةُ ، فكَمَّلْنا الحُرِّيَّةَ فى بعضِهم ، وتَمَّمْنا الثُّلُثَ مِن الباقِين . وإن وقَعَتْ على ما دُونَ الثُّلُثِ ، عتَقُوا ، وأعَدْنا القُرْعَةَ لتَكْمِيلِ الثُّلُثِ مِن الباقِين .

وإن أعْتَق عَبْدَيْنِ قِيمَةُ أحَدِهما مِثْلَا قِيمَةِ الآخَرِ ، أقْرَعْنا بَيْنَهما بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ وسَهْمِ رِقٍّ ، فإن وقَع سَهْمُ الحُرِّيَّةِ للأَدْنَى ، عَتَق ، وإن وَقَع للأكْثَرِ ، عَتَق نِصْفُه . فإنْ كانَتْ قِيمَةُ أحَدِهما مِائتَيْنِ والآخَرِ ثَلاثَمِائةٍ ، جمَعْنا قِيمَتَهما ، ثم أقْرَعْنا بَيْنَهما ، فمَن خَرَج له سَهْمُ الحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْنا قِيمَتَه فى

---

(١) فى الأصل : « بالقيمة » .

(٢) فى ف : « يخرجهم » .

(٣) فى ف : « يستووا فى » .

ثَلاثَةٍ ، ونَسَبْنا قِيمَتَها[1] إلى المُرْتَفِعِ بالضَّرْبِ ، فما خَرَجَ مِن النِّسْبَةِ[2] ، عَتَق مِن العَبْـدِ قَدْرُه ، فإذا وَقَعَتْ على الذى قِيمَتُه مِائتَانِ ، ضَرَبْناه فى ثَلاثَةٍ ، صار [٢٦٣ظ] سِتَّمِائَةٍ ،ونَسَبْنا قِيمَتَهما إلى ذلك ، تَجِدُها خَمْسَةَ أسْدَاسِه ، فيَعْتِقُ منه خَمْسَةُ أسْداسِه . وإن وَقَعَتْ على الآخَرِ ، عَتَق[3] خَمْسَةُ أتْسَاعِه ؛ لذلك . وهكذا يُصْنَعُ فى أمْثالِ ذلك .

فصل : إذا أعْتَقَ الأمَةَ وهى حامِلٌ ، عَتَق جَنِينُها ؛ لأنَّه يَتْبَعُها فى البَيْعِ والهِبَةِ ، ففى العِتْقِ أوْلَى . فإنِ اسْتَثْنَى جَنِينَها ، لم يَعْتِقْ ؛ لِما رُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ أنَّه أعْتَقَ أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها[4] . ولأنَّها ذاتُ حَمْلٍ ، فصَحَّ[5] اسْتِثْناءُ حَمْلِها ، كما لو باعَ نَخْلَةً لم تُؤَبَّرْ فاشْتَرَطَ ثَمَرتَها . وقال القاضى : يُخَرَّجُ على الرِّوايَتَيْنِ فيما إذا اسْتَثْنَى ذلك فى البَيْعِ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ ما ذَكَرْناه . وإن أعْتَقَ جَنِينَها وحدَه ، لم تَعْتِقْ هى ؛ لأنَّها ليست تابِعَةً له ، فلا تَعْتِقُ بعِتْقِه ، كما لو أعْتَقَه بعدَ الوِلادَةِ .

فصل : وإذا كان العَبْدُ بينَ شَرِيكَيْنِ ، فادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّ شَرِيكَه أعْتَقَ نَصِيبَه ، لم يَخْلُ مِن أحْوالٍ ثَلاثَةٍ ؛ أحدُها : أن يكونَا مُوسِرَيْنِ ، فيَصِيرَ العَبْدُ حُرًّا ؛ لاعْتِرافِ كلِّ واحدٍ منهما بحُرِّيَّتِه بإعْتاقِ

---

(١) فى ف : « قيمتهما » .

(٢) فى ف : « الستة » .

(٣) سقط من : الأصل ، وبعده فى م : « منه » .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥٤ .

(٥) سقط من : الأصل .

شَرِيكِه ، ويَبْقَى كلُّ واحدٍ منهما يَدَّعِى على شَرِيكِه قِيمَةَ حَقِّه منه . فإن لم تكنْ بَيِّنَةٌ ،حَلَف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِه ، وبَرِئَ . وإن نَكَل أحدُهما ، قُضِىَ عليه ، وإن نَكَلا جميعًا ، تسَاقَطَ حقَّاهما . ولا وَلاءَ على العَبْدِ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه أحَدٌ . فإنِ اعْتَرف به أحدُهما بعد ذلك ، ثَبَت له[1] ، سَواءٌ كانا عَدْلَيْنِ أو فاسِقَيْنِ .

الحالُ الثانى : أن يكونَا مُعْسِرَيْنِ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُ كلٍّ[2] واحدٍ منهما على صاحبِه ؛ لأنَّه لا اعْتِرافَ فيه بالحُرِّيَّةِ ، لعَدَمِ السِّرايَةِ فى إعْتَاقِ المُعْسِرِ . فإن كانا فاسِقَيْنِ ، فلا عِبْرَةَ بقَوْلِهما ، وإن كانا عَدْلَيْنِ ، فللعَبْدِ أن يَحْلِفَ مع كلِّ واحدٍ منهما ، ويَصِيرَ حُرًّا ، أو يَحْلِفَ مع أحَدِهما ، ويَصِيرَ نِصْفُه حُرًّا . وإن كان أحدُهما عَدْلًا والآخَرُ فاسِقًا ، فله أن يَحْلِفَ مع العَدْلِ . هذا إذا قُلْنا : إنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بشاهِدٍ ويمينٍ . ولا وَلاءَ لواحدٍ منهما أيضًا ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه .

والحالُ الثالثُ : أن يكونَ أحدُهما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، فيَعْتِقَ نَصِيبُ المُعْسِرِ وحدَه ؛ لاعْتِرَافِه بحُرِّيَّتِه ، لأنَّه يَعْتَرِفُ بعِتْقِ المُوسِرِ الذى يَسْرِى إلى نَصِيبِه ، ويَبْقَى نَصِيبُ المُوسِرِ رَقِيقًا ؛ لأنَّه إنَّما اعْتَرفَ بإعْتاقِ شَرِيكِهِ الذى لا يَسْرِى ، فلا يُؤَثِّرُ . فإن كان المُعْسِرُ عَدْلًا ، فللعبدِ أن يَحْلِفَ مع شَهادَتِه ، ويَصِيرَ حُرًّا إذا قُلْنا : إنَّ الحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بشَهادَةٍ ويمينٍ .

---

(١) بعده فى س ٢: « ذلك » .

(٢) سقط من : الأصل .

فصل : وإنِ ادَّعَى أحَدُ الشَّرِيكَيْنْ أنَّ شَرِيكَه أعْتَق نَصِيبَه ، وهما مُوسِرانِ ، أو المُدَّعَى عليه مُوسِرٌ وحدَه ، عَتَق نَصِيبُ المُدَّعِى وحدَه ؛ لاعْتِرَافِه بحُرِّيَّتِه ، وبَقِى نَصِيبُ المُدَّعَى عليه رَقِيقًا . وإن كانا مُعْسِرَيْنِ ، أو المُدَّعَى عليه مُعْسِرًا ، لم يَعْتِقْ منه شىءٌ . فإنِ اشْتَرَى المُدَّعِى نَصِيبَ صاحِبِه ، عَتَق ولم يَسْرِ إلى نَصِيبِه ؛ لأنَّ عِتْقَه باعْتِرَافِه بحُرِّيَّتِه لا بإعْتَاقِه .

فصل : إذا ادَّعَى العَبْدُ أن سَيِّدَه أعْتَقَه ، وأقامَ شاهِدًا ، حَلَف مع شاهِدِه ، وصارَ حُرًّا ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنْ .والأُخْرَى ، [٢٦٤و] لا يَثْبُتُ ذلك بشاهِدٍ ويمينٍ ؛ لأنَّه ليس بمَالٍ ، ولا المَقْصُودُ منه المالَ ، فأشْبَهَ الطَّلاقَ .

فصل : إذا مات رجلٌ وخَلَّف ابْنَيْنْ(١) ، وعَبْدَيْن مُتَساوِيَيِ القِيمَةِ ، فاعْتَرَفَ كلُّ واحدٍ منهما بعِتْقِ أحَدِ العَبْدَيْنِ ، عَتَق مِن كلِّ واحدٍ ثُلُثُه ، ولكلِّ واحدٍ مِن الابْنَيْنْ سُدُسُ العَبْدِ الذى اعْتَرَف بعِتْقِه ، ونِصْفُ الآخَرِ ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّ ثُلُثَيِ العَبْدِ الذى اعْتَرف بعِتْقِه حُرٌّ ، ويَبْقَى ثُلُثُه ، لكلِّ واحدٍ منهما سُدُسُه . وإن قال أحدُهما : أبِى أعْتَقَ هذا . وقال الآخَرُ : أبِى أعْتَق أحَدَهما لا أدْرِى مَن منهما . أقْرَعْنا بينَهما ، فإن وقَعَتِ القُرْعَةُ على الآخَرِ ، عَتَق مِن كلِّ واحدٍ ثُلُثُه ، كالتى قبلَها ؛ لأنَّ القُرْعَةَ قائمةٌ مَقامَ تَعْيِينِه ، وإن وقَعَتْ على الذى اعْتَرف أَخوه بعِتْقِه ، عَتَق ثُلُثاه ، إلَّا أن يُجِيزَا عِتْقَه كامِلًا ، وصارَ كالمُتَّفَقِ (٢) على عِتْقِه (٢) .

---

(١) فى س ٢: « اثنين » .

(٢ - ٢) فى ف : « عليه » .

بابُ تَعْلِيقِ العِتْقِ بالصِّفَةِ

ويجوزُ تَعْلِيقُ العِتْقِ بصِفَةٍ ، نحوَ قَوْلِه : إن دخَلْتَ الدَّارَ فأنْتَ حُرٌّ . أو : إن أعْطَيْتَنِى ألْفًا فأنْتَ حُرٌّ . لأنَّه عِتْقٌ بصِفَةٍ ، فجاز ، كالتَّدْبِيرِ . ولا يَعْتِقُ قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ بكَمالِها ؛ لأنَّه حَقٌّ عُلِّقَ على شَرْطٍ ، فلا يَثْبُتُ قبلَه ، كالجُعْلِ فى الجَعَالَةِ .

وإن قال ذلك فى مرضِ مَوْتِه ، اعْتُبِر مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه لو أعْتَقَه لاعْتُبِرَ مِن الثُّلُثِ ، فإذا عَقَده كان أوْلَى . وإن قاله فى الصِّحَّةِ ، فهو مِن[1] رأْسِ المالِ ، سَواءٌ وُجِدَتِ الصِّفَةُ فى الصِّحَّةِ أو فى[2] المرضِ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ بالإضْرَارِ بالوَرَثَةِ فى تلك الحالِ . وقال أبو بكرٍ : إن وُجِدَتِ الصِّفَةُ فى المرضِ ، فهو مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّ حقَّ الوَرَثَةِ قد تعَلَّق بالثُّلُثَيْنِ ، فلم يَنْفُذْ إعْتاقُه فيهما ، كما لو نَجَّزَ العِتْقَ . وإن ماتَ السَّيِّدُ قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، بَطَلَتْ ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ بمَوْتِه[3] ، فتَبْطُلُ تَصَرُّفَاتُه[4] بزَوالِه .

وإن قال : إن دخَلْتَ الدَّارَ بعدَ مَوْتِى فأنت حُرٌّ . ففيه رِوايتان ؛

---

(١) فى الأصل : « فى » .

(٢) زيادة من : الأصل .

(٣) فى س ٢ : « بملكه » .

(٤) فى م : « تصرفه » .

إحْداهما ، لا تَنْعَقِدُ هذه الصِّفَةُ ؛ لأنَّه علَّق عِتْقَه على صِفَةٍ تُوجَدُ بعدَ زَوَالِ مِلْكِه ، فلم يصِحَّ ، كما لو قال : إن دخَلْتَ الدَّارَ بعدَ بَيْعِى إيَّاكَ فأنت حُرٌّ . والثانيةُ ، تَنْعَقِدُ ؛ لأنَّه إعْتَاقٌ بعدَ المَوْتِ ، فصَحَّ ، كما لو قال : أنت حُرٌّ بعدَ مَوْتِى .

فصل : وإن عَلَّق عِتْقَ أمَتِه على صِفَةٍ وهى حامِلٌ ، تَبِعها ولَدُها فى ذلك ؛ لأنَّه كعُضْوٍ مِن أعْضَائِها . فإن وضَعَتْه قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثم وُجِدَتْ ، عَتَق الوَلَدُ ؛ لأنَّه تابِعٌ فى الصِّفَةِ ، فأشْبَهَ ما لو كان فى البَطْنِ . وإن عَلَّق عِتْقَها وهى حائِلٌ[1] ثم وُجِدَتِ الصِّفَةُ وهى حامِلٌ ، عتَقَتْ هى وحَمْلُها ؛ لأنَّ العِتْقَ وُجِد فيها وهى حامِلٌ ، فتَبِعَها ولَدُها ، كالعِتْقِ المُطْلَقِ . وإن حمَلَتْ ، ثم وَلَدَتْ وَوُجِدَتِ الصِّفَةُ ، لم يَعْتِقِ الولَدُ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لم تتَعلَّقْ به . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أنَّه[2] يَتْبَعُها ؛ قِياسًا على وَلَدِ المُدَبَّرَةِ . وإن بَطَلَتِ الصِّفَةُ ببيعٍ أو مَوْتٍ ، لم يَعْتِقِ الوَلَدُ ؛ لأنَّه إنَّما يَتْبَعُها فى [3]العِتْقِ لا[3] فى الصِّفَةِ ، فإذا لم تُوجَدْ فيها ، لم تُوجَدْ فيه ، بخِلافِ وَلَدِ المُدَبَّرَةِ ، [٢٦٤ظ] فإنَّه يَتْبَعُها فى التَّدْبِيرِ ، فإذا بَطَل فيها ، بَقِى فيه .

فصل : وإذا عَلَّق العِتْقَ بصِفَةٍ ، لم يَمْلِكْ إبْطالَها بالقَوْلِ ؛ لأنَّه كالنَّذْرِ[4] ، ويَمْلِكُ ما يُزِيلُ المِلْكَ فيه مِن البَيْعِ وغيرِه . فإن باعَه ثم اشْتَراه ،

---

(١) فى ف : « حامل » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى ف : « كالتدبير » .

فالصِّفَةُ بحالِهَا ؛ لأنَّ التَّعْلِيقَ والصِّفَةَ وُجِدَا فى مِلْكِه ، فعَتَق[1] ، كما لو لم يَزُلِ المِلْكُ . فإن وُجِدَتِ الصِّفَةُ بعدَ زَوَالِ المِلْكِ ، ثم اشْتَراه ، فهل تَعُودُ الصِّفَةُ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا تَعُودُ ؛ لأنَّها انْحلَّتْ بوُجُودِها[2] ، فلم تَعُدْ ، كما لو انْحَلَّتْ بوُجُودِها فى مِلْكِه . والثانيةُ ، تَعُودُ ؛ لأنَّه لم تُوجَدِ الصِّفَةُ التى يَعْتِقُ بها ، فأشْبَهَ ما لو عاد إلى مِلْكِه قبلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ولأنَّ المِلْكَ مُقَدَّرٌ فى الصِّفَةِ ، فكأنَّه قال : إذا دَخَلْتَ الدَّارَ وأنت فى[3] مِلْكِى فأنت حُرٌّ . ولم يُوجَدْ ذلك .

فصل : وإن علَّق العِتْقَ على صِفَةٍ قبلَ المِلْكِ ، فقال لعَبْدِ أجْنَبِىٍّ : إذا دَخَلْتَ الدَّارَ فأنت حُرٌّ . ثم مَلَكه ، ودَخَل الدَّارَ ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ تَنْجِيزَ العِتْقِ ، فلا يَمْلِكُ تَعْلِيقَه ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا[3] عِتْقَ قَبْلَ مِلْكٍ » . رَواه أبو داودَ الطَّيَالِسِىُّ[4] . وإن قال : إن مَلَكْتُكَ فأنت حُرٌّ . أو : إن مَلَكْتُ فُلانًا فهو حُرٌّ . ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَعْتِقُ ؛ لذلك . والثانيةُ ، يَعْتِقُ إذا مَلَكه ؛ لأنَّه أضاف العِتْقَ إلى حالٍ يَمْلِكُ عِتْقَه فيه ، فأشْبَهَ ما لو كان التَّعْلِيقُ فى مِلْكِه .

وإن قال الحرُّ : كلُّ مَمْلُوكٍ أمْلِكُه فهو حُرٌّ . ففيه رِوايَتان ؛ لِما ذكَرْنا . وإن قال ذلك العَبْدُ ، ثم عَتَق ومَلَك ، فهل يَعْتِقُ عليه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛

---

(١) فى ف : « بعتق » .

(٢) بعده فى م : « فى ملك المشترى » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى مسنده صفحة ٢٣٤ . من حديث جابر بن عبد الله .

أحَدُهما ، يَعْتِقُ عليه ، كالحرِّ . والثانى ، لا يَعْتِقُ[1] ؛ لأنَّ العَبْدَ [2]لا يَمْلِكُ[2] ، فلا يَصِحُّ منه التَّعْلِيقُ .

ولو قال الحرُّ : آخِرُ مَمْلُوكٍ أشْتَرِيه[3] فهو حُرٌّ . وقُلْنا بصِحَّةِ التَّعْلِيقِ ، فمتى ماتَ تَبَيَّنَّا[4] حُصُولَ الحُرِّيَّةِ لآخِرِ مَمْلُوكٍ اشْتَراه مِن حِينِ الشِّراءِ ، فيكونُ اكْتِسَابُه[5] له . فإن أشْكَلَ الآخِرُ منهم ، أُقْرِعَ بَيْنَهم لإخْراجِ الحرِّ . وكذلك لو قال لأمَتِه : أوَّلُ وَلَدٍ[6] تَلِدِينَه فهو حُرٌّ . فوَلَدَتِ اثْنَيْنِ[7] ، أُقْرِعَ بَيْنَهما إذا أشْكَلَ أوَّلُهما خُروجًا .

---

(1) بعده فى م : « عليه » .

(2 - 2) فى س 2 : « حر » .

(3) فى ف : « اشتريته » .

(4) فى ف : « ثبتنا » .

(5) فى الأصل ، ف : « أكسابه » .

(6) سقط من : الأصل .

(7) فى م : « ابنين » .

بابُ التَّدْبيرِ

ومَعْناه تَعْلِيقُ الحُرِّيَّةِ بالمَوْتِ .

وصَرِيحُه : أنت حُرٌّ . أو : عَتِيقٌ ، بعدَ مَوْتِى . أو : أنت مُدَبَّرٌ . أو : قد دَبَّرْتُكَ . لأنَّ هذا اللَّفْظَ مَوْضُوعٌ له ، فكان صَرِيحًا فيه ، كلفظِ العِتْقِ فى الإعْتاقِ .

وهو مُسْتَحَبٌّ ؛ لأنَّه يُقْصَدُ به العِتْقُ .

ويُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ[1] بالمالِ بعدَ المَوْتِ ، فهو كالوَصِيَّةِ . ونقَلَ عنه حَنْبَلٌ أنَّه مِن رأْسِ المالِ . وليس عليه عَمَلٌ . وذكَرَ أبو بكرٍ أنَّه كان قَوْلًا قَدِيمًا[2] رجَعَ عنه .

فصل : ويجوزُ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ، فالمُطْلَقُ كما ذكَرْنا ، والمُقَيَّدُ نحو أن يقولَ : إن مِتُّ مِن مَرَضِى هذا . أو : فى هذا البَلَدِ ، فأنت حُرٌّ . لأنَّه تَعْلِيقٌ على صِفَةٍ ، فجاز مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا . والمُقَيَّدُ كتَعْلِيقِه على دُخُولِ الدَّارِ . وإن قال : إن دَخَلْتَ الدَّارَ فأنت حُرٌّ [٢٦٥و] بعدَ مَوْتِى . جاز ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ على صِفَةٍ ، فجاز تعْلِيقُه على صِفَةٍ أُخْرَى ، كما ذكَرْنا . فإن دَخَل الدَّارَ فى

---

(١) فى ف : « متبرع » .

(٢) بعده فى م : « وربما » .

حَياةِ السَّيِّدِ ، فهو مُدَبَّرٌ ، وإن لم يَدْخُلْ حتى مات ، بطَلَتِ الصِّفَةُ بالمَوْتِ ؛ لأنَّه يَزُولُ به المِلْكُ ، ولم يُوجَدِ التَّدْبِيرُ ، لعدمِ شَرْطِه .

فصل[1] : ولو قال : أنت حُرٌّ بعد مَوْتِى بشَهْرٍ . ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَعْتِقُ ؛ لأنَّه عَلَّق عِتْقَه على صِفَةٍ بعدَ مَوْتِه ، أشْبَهَ قَوْلَه : إذا دَخَلْتَ الدَّارَ بعدَ مَوْتِى فأنت حرٌّ . والأُخْرَى ، لا يَعْتِقُ ؛ لأنَّه إعْتاقٌ بعد قَرارِ مِلْكِ غيرِه عليه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اسْتَقَرَّ مِلْكُهم عليه بالبَيْعِ .

فصل : ويجوزُ تَدْبِيرُ[2] المُعَلَّقِ عِتْقُه على صِفَةٍ ، وتَعْلِيقُ عِتْقِ المُدَبَّرِ على صِفَةٍ ؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ تَعْلِيقٌ على صِفَةٍ ، فلا يَمْنَعُ التَّعْلِيقَ على صِفَةٍ أُخْرَى ، كغيرِه مِن الصِّفاتِ . فإن وُجِدَتْ إحْداهما ، عَتَق ، وبطَلَتِ الأُخْرَى ؛ لزَوالِ الرِّقِّ قبلَ وُجُودِها .

ويجوزُ تَدْبِيرُ المُكاتَبِ ، كما يجوزُ تَعْلِيقُ عِتْقِه على صِفَةٍ . وتجوزُ كِتابَةُ المُدَبَّرِ ، كما يجوزُ أن يَبِيعَه نفسَه . فإذا كاتَبه ودَبَّره ، فأدَّى كِتابَتَه قبلَ مَوْتِ سَيِّدِه ، عَتَق وبَطَلَ التَّدْبِيرُ . وإنْ ماتَ السَّيِّدُ قبلَ الأَداءِ ، عَتَق بالتَّدْبِيرِ إن حَمَلَ الثُّلُثُ ما بَقِى مِن كِتابَتِه ، وبطَلَتِ الكِتابَةُ . وإن لم يَحْمِلْه الثُّلُثُ ، عَتَق منه قَدْرُ الثُّلُثِ ، وسَقَط مِن مَالِ الكِتابَةِ بقَدْرِ ما عَتَق ، وهو على الكِتابَةِ فيما بَقِى . وما فى يَدِه مِن الكَسْبِ له فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّه كان مَمْلُوكًا له ، ولم يُوجَدْ ما يُخْرِجُه عن يَدِه[3] ، فبَقِىَ له[4] ، كما لو أبْرَأه مِن

---

(١) هذا الفصل زيادة من : س ٢.

(٢) فى ف : « تعليق » .

(٣) فى ف : « ملكه » .

(٤) سقط من : الأصل.

مالِ الكِتابَةِ . ويَحتَمِلُ أن تكونَ كِتابَةُ المُدَبَّرِ رُجُوعًا فى تَدْبيرِه ، إنْ قُلْنا : إنَّه يَمْلِكُ إبْطالَه بالرُّجُوعِ فيه .

ولا يَصِحُّ تَدْبيرُ أُمِّ الوَلَدِ ؛ لأنَّها تَستَحِقُّ العِتْقَ بمَوْتِ سيِّدِها بسَبَبٍ مُؤَكَّدٍ ، فلا يُفِيدُ التَّدْبيرُ . ولو استَوْلَدَ المُدَبَّرَةَ ، بَطَلَ تَدْبيرُها ؛ لذلك .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ المُدَبَّرِ ؛ لِما روَى جابرُ بنُ عبدِ اللَّهِ أنَّ رجلًا مِن الأنْصارِ أعْتَقَ غُلامًا له عن دُبُرٍ منه ، ولم يكنْ له مالٌ غيرَه ، فاحْتاجَ ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيه مِنِّى ؟ » . فباعه مِن نُعَيْمِ بنِ عبدِ اللَّهِ بثَمانِمائةِ دِرْهَمٍ ، فدَفَعَها إليه ، وقال : « أنْتَ أحْوَجُ مِنْهُ » . [(1] مُتَّفَقٌ عليه [1)] . [(2] ولأنَّه [2)] إمَّا وَصِيَّةٌ أو [(3)] تَعْليقٌ على صِفَةٍ ، وأيُّهما كان لم يَمْنَعِ البَيْعَ . وعن أحمدَ [(4)] : لا يُباعُ إلَّا فى الدَّيْنِ ، أو حاجَةِ صاحِبِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ إنَّما باعَه لحاجَةِ صاحِبِه . وعنه ، لا يجوزُ بَيْعُ المُدَبَّرَةِ خاصَّةً ؛ لأنَّ بَيْعَها إباحَةُ فَرْجِها . والحُكْمُ فى هِبَتِه ووَقْفِه كالحُكْمِ فى بَيْعِه .

وأكْسابُه [(5)] ومَنافِعُه وأَرْشُ الجنايَةِ عليه لسَيِّدِه ؛ لأنَّه كالقِنِّ . وإن جَنَى فسَيِّدُه بالخِيارِ بينَ فِدائِه أو تَسْليمِه للبَيْعِ ، كالقِنِّ . فإن ماتَ السَّيِّدُ قبلَ

(1 - 1) فى م : « رواه البخارى ومسلم والنسائى » .
والحديث تقدم تخريجه فى 3/8.

(2 - 2) سقط من : الأصل .

(3) فى م : « وإما » .

(4) بعده فى م : « أنه » .

(5) فى الأصل ، م : « اكتسابه » .

ذلك ، عَتَق ، وأَرْشُ جِنايَتِه فى تَرِكَتِه ؛ لأنَّه عَتَق مِن جِهَتِه ، فتَعلَّق الأَرْشُ بمالِه ، كالمُنَجَّزِ . وإن كانتِ الجنايَةُ لا تَستَغْرِقُ قِيمَتَه ، فبِيعَ بعضُه فيها ، فباقِيه باقٍ على التَّدْبيرِ ؛ لأنَّ المانِعَ اخْتَصَّ ببَعْضِه ، فوَجَب أنْ يَخْتَصَّ المَنْعُ به[1] .

فصل : وإذا زال مِلْكُه عن المُدَبَّرِ ببَيْعٍ أو غيرِه ، ثم عاد إليه ، رَجَع التَّدْبِيرُ بحَالِه ؛ لأنَّه علَّقَ العِتْقَ بصِفَةٍ[2] ، فلم يَبْطُلْ بالبيعِ ، كالتَّعْليقِ بدُخولِ الدَّارِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَبْطُلُ بالبيعِ ؛ لأنَّه وَصِيَّةٌ ، فبَطَل بالبيعِ ، كالوَصِيَّةِ له[1] بمالٍ .

فصل : ولو دَبَّرَه ثم قال : قد رجَعْتُ فى تَدْبِيرِى . أو : أبْطَلْتُه . لم يَبْطُلْ ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ بصِفَةٍ ، فأَشْبَهَ تَعْلِيقَه بدُخُولِ الدَّارِ . وعنه ، يَبْطُلُ ؛ لأنَّه [٢٦٥ظ] تصَرُّفٌ مُعَلَّقٌ بالمَوْتِ يُعْتَبَرُ مِن الثُّلُثِ ، فأَشْبَهَ الوَصِيَّةَ . وإن قال للمُدَبَّرِ : إن أدَّيْتَ إلَى وَرَثَتِى ألْفًا فأنت حُرٌّ . فهو رُجُوعٌ ؛ لأنَّه وَقَفَه على أدَاءِ ألْفٍ ، وذلك مُنَافٍ للتَّدْبِيرِ ، فأشْبَهَ قولَه : رَجَعْتُ فى تَدْبِيرِى . والصَّبِيُّ كالبالغِ فى هذا ، لأنَّه مِثْلُه فى التَّدْبِيرِ ، فكان مِثْلَه فى الرُّجُوعِ فيه .

فصل : وإذا دَبَّر أحدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَه ، لم يَسْرِ إلى نَصِيبِ شرِيكِه ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ للعِتْقِ بصِفَةٍ ، أو وَصِيَّةٌ ، وكِلاهما لا يَسْرِى . ويَحْتَمِلُ أن

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « على صفة » .

يضْمَنَ ويَصِيرَ كلُّه مُدَبَّرًا له ؛ لأنَّه سببٌ يُوجِبُ العِتْقَ بالمَوْتِ ، فَسَرَى ، كالاسْتِيلادِ . فإن أعْتَق الآخَرُ نَصِيبَه ، سَرَى العِتْقُ إلى جميعِه ، وقُوِّم عليه نَصِيبُ شَرِيكِه ؛ لحديثِ ابنِ عُمَرَ[1] . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْرِيَ العِتْقُ فيه ، إذا قُلْنا : إنَّه لا[2] يجوزُ بَيْعُه .

فصل : وما وَلَدَتِ المُدَبَّرَةُ بعدَ تَدْبِيرِها ، فوَلَدُها بمَنْزِلَتِها ؛ لأنَّها تَسْتَحِقُّ الحُرِّيَّةَ بالموتِ ، فتَبِعَها[3] ولَدُها[4] ، كأُمِّ الوَلَدِ . ولا يَتْبَعُها ولَدُها المَوْجُودُ قبلَ التَّدْبِيرِ ؛ لأنَّه لا يَتْبَعُ فى حَقِيقَةِ العِتْقِ ، ففى تعليقِه أوْلَى . وذَكَر أبو الخَطَّابِ فيه رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه يَتْبَعُها فى التَّدْبِيرِ .

وإن دَبَّر عبدَه ، ثم أذِنَ له فى التَّسَرِّى ، فوُلِد له ولَدٌ ، لم يكنْ مُدَبَّرًا ؛ لأنَّ أُمَّه غيرُ مُدَبَّرَةٍ . وعنه ، أنَّه يَصِيرُ مُدَبَّرًا ؛ لأنَّه ولَدُه مِن أمَتِه ، فيَتْبَعُه ، كوَلَدِ الحُرِّ . وإذا صار الوَلَدُ مُدَبَّرًا لتَدْبِيرِ أُمِّه ، فبَطَل تَدْبِيرُها لبَيْعِها أو[5] الرُّجُوعِ فى تَدْبِيرِها ، لم يَبْطُلْ فى وَلَدِها ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ الحُرِّيَّةَ[6] ، فلم يَبْطُلْ حقُّه لمعْنًى وُجِد فى غيرِه ، كما لو باشَرَه بالتَّدْبِيرِ .

فصل : ويَصِحُّ تَدْبِيرُ الصَّبِىِّ المُمَيِّزِ والسَّفِيهِ ؛ لِما ذَكَرْنا فى صِحَّةِ[4]

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥١٤، ٥١٥.

(٢) سقط من : م.

(٣) فى م : « فيتبعها » .

(٤) سقط من : الأصل.

(٥) فى م : « و » .

(٦) فى الأصل : « بالحرية » .

وَصِيَّيهما . ويَصِحُّ تَدْبِيرُ الكافرِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ إعْتاقُه . فإن أسْلَم مُدَبَّرُه ، أُمِر بإزَالَةِ مِلْكِه عنه ؛ لأنَّ الكافِرَ لا يُمَكَّنُ مِن اسْتِدامَةِ المِلْكِ على مُسْلِمٍ مع إمْكانِ بَيْعِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يُباعُ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ الحُرِّيَّةَ بالمَوْتِ ، فأشْبَهَ أُمَّ الوَلَدِ إذا أسْلَمَتْ ، ولكنْ تُزالُ يدُه عنه ، ويُنْفَقُ عليه مِن كَسْبِه . فإن لم يكنْ ذا كَسْبٍ ، فنفَقَتُه على سيِّدِه ، كأُمِّ الوَلَدِ إذا أسْلَمَتْ .

وإن دَبَّر المُرْتَدُّ عبدَه ، كانَ تَدْبِيرُه مَوْقُوفًا ، كسائرِ تصَرُّفاتِه ، فإن أَسْلَم ، تَبَيَّنَّا صِحَّةَ تَدْبِيرِه ، وإن ماتَ على الرِّدَّةِ ، تَبَيَّنَّا بُطْلانَه . وعنه[1] ، أنَّ مِلْكَه يزُولُ بنَفْسِ[2] الرِّدَّةِ ، فيكونُ تَدْبِيرُه باطِلًا . وهذا قَوْلُ أبى بكرٍ . وإنِ ارْتَدَّ بعدَ التَّدْبِيرِ ، وقُتِل بردَّتِه ، أو ماتَ ، بطَلَ التَّدْبِيرُ ؛ لأنَّ مِلْكَه زالَ فى حَياتِه ، وإن رَجَع ، صَحَّ تَدْبِيرُه ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا بقاءَ مِلْكِه أو رُجُوعَه إليه بإسْلامِه بعدَ زَوالِه .

فصل : إذا ادَّعَى العَبْدُ أنَّ سَيِّدَه دَبَّرَه ، فأنْكَرَ[3] ، فالقولُ قولُ السَّيِّدِ مع يَمِينِه ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[4] . فإن أقامَ

---

(1) فى الأصل : « عن أحمد » .

(2) فى ف : « بيقين » .

(3) فى الأصل : « فأنكره » .

(4) بعده فى س ٢ : « رواه البخارى بمعناه » ، وفى م : « رواه مسلم والبخارى بمعناه » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٦/ ٤٣ . ومسلم ، فى : باب اليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ٣/ ١٣٣٦ . والنسائى ، فى : باب عظة الحاكم على اليمين ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٨/ ٢١٨ . وابن ماجه ، فى : باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢/ ٧٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٣ . وانظره مختصرا فى : سنن أبى داود ٢/ ٣٧٩ . وعارضة الأحوذى ٦/ ٨٨ .

العَبْدُ بَيِّنَةً ، ثَبَت تَدْبِيرُه . وهل يَكْفِى شاهِدٌ ويَمِينٌ ، أو رجلٌ وامْرَأتانِ ، أم لا يَكْفِى إلَّا رَجُلانِ ؟ على رِوايَتَيْن ، كما ذَكَرْنا فى العِتْقِ . ويتَخَرَّجُ أن لا تُسْمَعَ دَعْوَى العَبْدِ ؛ بِناءً على أنَّ (١)السَّيِّدَ له(١) الرُّجوعُ فى التَّدْبِيرِ . وهل يكونُ إنْكارُ التَّدْبِيرِ رُجُوعًا عنه ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ بِناءً على الوَصِيَّةِ .

فصل : وإن قَتَل المُدَبَّرُ [٢٦٦و] سَيِّدَه ، بَطَل تَدْبِيرُه ؛ لأنَّه اسْتِحْقاقٌ عُلِّق بالمَوْتِ مِن غيرِ فِعْلٍ ، فأبْطَله القَتْلُ ، كالإِرْثِ والوَصِيَّةِ .

(١ - ١) فى الأصل : « للسيد » .



بابُ الكِتابَةِ

وهى مَنْدُوبٌ إليها فى حَقِّ مَن يَعْلَمُ فيه خَيْرًا؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾[1]. يَعْنى كَسْبًا وأمانَةً فى قولِ أهْلِ التَّفْسِيرِ. وعنه رِوايَةٌ أُخْرَى، أنَّها واجِبَةٌ، إذا دَعَا العَبْدُ الذى فيه خَيْرٌ سيِّدَه إليها؛ لظاهِرِ الآيَةِ، ولأنَّ عُمَرَ أجْبَرَ أنَسًا على كِتابَةِ سِيرِينَ[2]. والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ؛ لأنَّه إعْتاقٌ بعِوَضٍ، فلم يَجِبْ، كالاسْتِسْعاءِ، والآيَةُ مَحْمُولَةٌ على النَّدْبِ، وقَوْلُ عُمَرَ يُخالِفُه فِعْلُ أنَسٍ.

فأمَّا مَن لا كَسْبَ له، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، تُكْرَهُ كِتابَتُه؛ لأنَّه يَصِيرُ كَلًّا على الناسِ. والثانِيَةُ، لا تُكْرَهُ؛ لعُمومِ الأخْبارِ فى فَضْلِ الإعْتاقِ. وإن دَعَا هذا سَيِّدَه إلى الكِتابَةِ، لم يُجْبَرْ، رِوايَةً واحدةً. وإن دَعَا [3]السَّيِّدُ عَبْدَه[3] إلى الكِتابَةِ، لم يُجْبَرْ عليها؛ لأنَّه إعْتاقٌ على مالٍ، فلم يُجْبَرْ عليه، كغيرِ الكِتابَةِ.

فصل: ولا تَنْعَقِدُ إلَّا بالقَوْلِ، وتَنْعَقِدُ بقولِه: كاتَبْتُك على كذا. لأنَّه

---

(١) سورة النور ٣٣.

(٢) ذكره البخارى معلقا بصيغة الجزم، فى: باب إثم من قذف مملوكه، من كتاب المكاتب. صحيح البخارى ٣/ ١٩٨. ووصله عبد الرزاق، فى: المصنف ٨/ ٣٧١، ٣٧٢. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٣١٩.

(٣ - ٣) فى س ٢: «العبد سيده».

لَفْظُها المَوْضُوعُ لها، فانعقَدَتْ به، كلَفْظِ النِّكاحِ فيه. ويَحْتَمِلُ أن يُشْتَرطَ[1] أن يقولَ: إذا أدَّيْتَ إلَيَّ فأنت حُرٌّ. لأنَّه إعْتاقٌ مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ، فاعْتُبِرَ ذِكْرُه. والأَوَّلُ[2] أَوْلَى.

فصل: ولا تَصِحُّ إلَّا مِن جائزِ التَّصَرُّفِ، مُسْلِمًا كان أو كافِرًا؛ لأنَّها تَصَرُّفٌ فى المالِ، فأشْبَهَتِ البَيْعَ. فأمَّا المُمَيِّزُ مِن الصِّبْيانِ، فيَصِحُّ[3] أن يُكاتِبَ عبدَه بإذْنِ وَلِيِّه، ولا يَصِحُّ بغيرِ إذْنِه، كما فى بَيْعِه. ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ بحالٍ؛ لأنَّه إعْتاقٌ. وإن كاتَب السَّيِّدُ عبدَه المُمَيِّزَ، صَحَّ؛ لأنَّ إيجابَ سَيِّدِه له للكِتابَةِ إذْنٌ منه فى قَبُولِها. وإن كاتَب عبدَه المجْنُونَ أو الطِّفْلَ، فهو عَقْدٌ باطِلٌ، وُجُودُه كعَدَمِه، إلَّا أنَّ القاضىَ قال: يَعْتِقُ بالأداءِ؛ لأنَّ الكِتابَةَ تَعْلِيقُ الحُرِّيَّةِ[4] بالأداءِ، فإذا بطَلَتِ الكِتابَةُ، كان عِتْقُهما[5] بحُكْمِ الصِّفَةِ المحْضَةِ. وقال أبو بكرٍ: لا يَعْتِقُ؛ لأنَّ الكِتابَةَ ليست بصِفَةٍ، ولا يُعْتَبَرُ ذِكْرُ الصِّفَةِ فيها بحالٍ.

فصل: ولا تَصِحُّ إلَّا على عِوَضٍ؛ لأنَّها عَقْدُ مُعاوَضَةٍ، فأشْبَهَ البَيْعَ. ومِن شَرْطِه أن يكونَ مُؤَجَّلًا؛ لأنَّ جَعْلَه حالًّا يُفْضِى إلى العَجْزِ عن أدائِه، وفَسْخِ العَقْدِ بذلك، فيَفُوتُ المَقْصُودُ. وأن يكونَ مُنَجَّمًا نَجْمَيْنِ فصاعِدًا،

---

(١) بعده فى الأصل: «فيه».

(٢) فى الأصل: «الأولى».

(٣) فى الأصل: «فيحاسب».

(٤) فى الأصل: «بالحرية».

(٥) فى الأصل: «عتقها».

فى قولِ أبى بكرٍ، وظاهِرِ كلامِ الخِرَقِىِّ؛ لأنَّ عَلِيًّا قال: الكِتابَةُ على نَجْمَيْنِ، والإيتاءُ مِن الثانى[1]. وقال ابنُ أبى موسى: يجوزُ جَعْلُ المالِ كلِّه فى نَجْمٍ واحدٍ؛ لأنَّه عَقْدٌ شُرِط فيه التَّأْجِيلُ، فجاز على نَجْمٍ واحدٍ، كالسَّلَمِ، ولأنَّ القَصْدَ بالتأْجيلِ إمْكانُ التَّسْليمِ عندَه، ويَحْصُلُ ذلك فى النَّجْمِ الواحِدِ. والأَحْوَطُ نَجْمانِ فصاعِدًا. ويَجِبُ أن تكونَ النُّجومُ معْلومَةً، ويَعْلَمَ فى كلِّ نَجْمٍ قَدْرَ المُؤَدَّى، وأن يكونَ العِوَضُ معْلومًا بالصِّفَةِ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى الذِّمَّةِ، فوَجَب فيه العِلْمُ بذلك، كالسَّلَمِ. ولا تَصِحُّ إلَّا على عِوَضٍ يَصِحُّ السَّلَمُ فيه؛ لِما ذكَرْناه. وذكر القاضى أنَّه يَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ على عَبْدٍ [٢٦٦ظ] مُطْلَقٍ؛ بناءً على قَوْلِه فى النِّكاحِ والخُلْعِ. والصحيحُ ما قدَّمْنا.

فصل: وتجوزُ الكِتابَةُ على المنافِعِ؛ لأنَّها تَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ بالعَقْدِ، فجازَتِ الكِتابَةُ عليها، كالمالِ. وتجوزُ على مَالٍ و[2] خِدْمَةٍ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَصِحُّ أن يكونَ عِوَضًا مُفْرَدًا[3]، فصَحَّ مع الآخَرِ، كالمالَيْنِ. فإن كاتَبه على خِدمَةِ شَهْرٍ، أو شَهْرَيْنِ مُتَوالِيَيْنِ، فهو كالنَّجْمِ الواحِدِ؛ لأنَّها مُدَّةٌ واحدةٌ. وإن قال: على أن تَخْدُمَنى شَهْرًا، ثم تَخْدُمَنى عَقِيبَه شَهْرًا آخَرَ. صحَّ؛ لأنَّهما نَجْمان. وإن قال: على خِدْمَةِ شَهْرٍ، ودِينارٍ بعدَه بيَوْمٍ. صحَّ؛ لأنَّهما نَجْمانِ. وإن جَعَل الدِّينارَ مع انْقِضاءِ الشَّهْرِ، أو فى

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: المصنف ٦/ ٣٩٠. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٣٤٢.

(٢) فى م: «أو».

(٣) فى م: «منفردا».

أثْنائِه ، صَحَّ ؛ لأنَّ الخدْمَةَ بمَنْزِلَةِ العِوَضِ الحالِّ ، فصار كالأجَلَيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّهما فى مُدَّةٍ واحدةٍ ، فكانا نَجْمًا واحدًا . وإن جَعَل[1] الدِّينارَ حالًّا عَقِيبَ العَقْدِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ حالٌّ مَعْجُوزٌ عنه ، بخِلافِ الخدْمَةِ ، فإنَّها وإن كانت بمَنْزِلَةِ الحالِّ فهو قادِرٌ عليها .

فصل : والكِتابَةُ عَقْدٌ لازِمٌ لا يَمْلِكُ العَبْدُ فَسْخَها بحالٍ . وعنه ، أنَّه يَمْلِكُه . ولا يَمْلِكُ السَّيِّدُ فَسْخَها قبلَ عَجْزِ المُكاتَبِ ؛ لأنَّه أسْقَط حقَّه منه بالعِوَضِ ، فلم يَمْلِكْ ذلك قبلَ العَجْزِ عنه ، كالبَيْعِ . وللعَبْدِ الامْتِناعُ مِن الأداءِ ؛ لأنَّه جُعِلَ شَرْطًا فى عِتْقِه ، فلم يَلْزَمْه ، كدُخُولِ الدَّارِ . ولا يبْطُلُ بمَوْتِ السَّيِّدِ ، ولا جُنُونِه ، ولا الحَجْرِ عليه ، ولا جُنونِ العَبْدِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، فأشْبَهَ البَيْعَ . ويَنْتَقِلُ بمَوْتِ السَّيِّدِ إلى ورَثَتِه ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ لمَوْرُوثِهم ، فانْتَقلَ إليهم ، كالقِنِّ . فإذا أدَّى إليهم ، عَتَق ، ووَلاؤُه لمكاتِبِه ؛ لأنَّ السَّبَبَ وُجِد منه[2] .

ولا يجوزُ شَرْطُ الخِيَارِ فى الكِتابَةِ ؛ لأنَّ الخيَارَ شُرِعَ لدَفْعِ الغَبْنِ عن المالِ ، والسَّيِّدُ دَخَل على بَصِيرَةٍ أنَّ الحَظَّ لعَبْدِه ، فلا مَعْنَى للخِيَارِ . وإنِ اتَّفَقا على الفَسْخِ ، جاز ؛ لأنَّه عَقْدٌ يلْحَقُه الفَسْخُ بالعَجْزِ عن المالِ ، فجاز فَسْخُه بالتَّراضِى ، كالبَيْعِ .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ المُكاتَبِ ؛ لأنَّ بَرِيرَةَ قالت لعائشةَ ، رَضِىَ اللَّهُ

---

(١) فى ف : « حصل » .

(٢) فى الأصل : « فيه » .

عنها : يا أُمَّ المُؤْمِنين ، إنِّى كاتَبْتُ أهْلِى على تِسْعِ أوَاقٍ ، فى كلِّ عامٍ أُوقِيَّةٌ ، فأَعِينِينِى على كِتابَتِى . فقال النبىُّ ﷺ لعائشةَ : « اشْتَرِيهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّه سببٌ يجوزُ فَسْخُه ، فلم يَمْنَعِ البَيْعَ ، كالتَّدْبِيرِ . وعنه ، لا يجوزُ[2] بَيْعُه ؛ لأنَّ سببَ العِتْقِ ثَبَت له على وَجْهٍ لا يَسْتَقِلُّ السَّيِّدُ برَفْعِه[3] ، فمَنَع البَيْعَ ، كالاسْتِيلادِ . والأوَّلُ أظْهَرُ . فإن باعَه ، لم تَبْطُلِ الكِتابَةُ ؛ لأنَّها عَقْدٌ لازِمٌ ، فلم تَبْطُلْ ببَيْعِه ، كالنِّكاحِ ، ويكونُ فى يَدِ مُشْتَرِيه مُبْقًى[4] على ما بَقِىَ من كِتابَتِه ، (5فإذا أدَّى5) عَتَقَ ، ووَلاؤُه له . وإن عَجَز ، فله الفَسْخُ ، ويعودُ رَقِيقًا له ؛ لأنَّ البائعَ نَقَل ما له مِن الحَقِّ فيه إلى المُشْتَرِى ، فصارَ بمَنْزِلَتِه . وإن لم يَعْلَمِ المُشْتَرِى أنَّه مُكاتَبٌ ، فله الخِيَارُ بينَ فَسْخِ البَيْعِ وأخْذِ ما بَيْنَه سَلِيمًا ومُكاتَبًا ؛ لأنَّه عَيْبٌ ، فأَشْبَهَ سائرَ العُيوبِ . والحُكْمُ فى هِبَتِه[6] والوَصِيَّةِ به كالحُكْمِ فى بَيْعِه ؛ لأنَّه نَقْلٌ للمِلْكِ فيه . ولا يجوزُ وَقْفُه ؛ لأنَّه مُعَرَّضٌ لزَوالِ الرِّقِّ فيه ، والوَقْفُ يجبُ أن يكونَ مُسْتَقِرًّا .

فصل : وإنِ اشْتَرى المُكاتَبُ مُكاتَبًا آخَرَ ، صَحَّ ، سَواءٌ اشْتَراه [٢٦٧و] مِن سَيِّدِه أو مِن أجْنَبِىٍّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ أهْلٌ للشِّراءِ ، والمبيعَ مَحَلٌّ له ،

(١) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥٧، ٥٨.
(٢) بعده فى ف : « له » .
(٣) فى الأصل : « بدفعه » ، وفى ف : « لرفعه » .
(٤) فى الأصل : « فيبقى » .
(٥ - ٥) فى الأصل : « فإن ادعى » .
(٦) فى ف : « عتقه » .

فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا . فإن عادَ المَبِيعُ فاشْتَرَى سَيِّدَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ أن يَمْلِكَ مالِكَه[1] .

---

(١) إلى هنا ينتهى المجلد الأول ، من النسخة المصورة من جامعة الإمام محمد بن سعود ، والمرموز لها بـ (س ٢) .

بابُ مَا يَمْلِكه المكاتَبُ ومَا لا يَمْلِكه

يَمْلِكُ المُكاتَبُ اكْتِسابَ المالِ بالبَيْعِ والإجارَةِ، والأَخْذَ بالشُّفْعَةِ، وأَخْذَ الصَّدَقَةِ والهِبَةِ، وكَسْبَ المُباحَاتِ، والسَّفَرَ؛ لأنَّه مِن أسْبابِ الكَسْبِ. وهو مع المَوْلَى كالأَجْنَبِيِّ فى ضَمانِ المالِ، وبَذْلِ المنافِعِ، وأَرْشِ الجنايَاتِ، وجَرَيانِ الرِّبَا بَيْنَهما؛ لأنَّه صارَ بما بذَلَه مِن العِوَضِ كالحُرِّ. وقال ابنُ أبى موسى: لا رِبَا بَيْنَهما؛ لأنَّه مِلْكٌ لسَيِّدِه. قال أصْحابُنَا: ولا بَأْسَ أن يُعَجِّلَ المُكاتَبُ لسَيِّدِه ويَضَعَ عنه بعضَ كِتابَتِه؛ لأنَّ مالَ الكِتابَةِ ليس بمُسْتَقِرٍّ، ولذلك لا يَصِحُّ ضَمانُه، فليس بدَيْنٍ صحيحٍ، فكأَنَّ السَّيِّدَ أخَذ بعضًا وأسْقَط بعضًا.

فصل: ويَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى المالِ بما يعودُ بمَصْلَحَتِه[1] ومَصْلحَةِ مالِه، فيَجُوزُ أن يُنْفِقَ على نفسِه؛ لأنَّ هذا مِن أهَمِّ مصَالحِه، وعلى رَقِيقِه وحَيَواناتِه، وله أن يَفْدِىَ نفسَه ورَقِيقَه فى الجنايَةِ؛ لأنَّ فيه مصلحتَه، وله أن يَخْتِنَ غُلامَه ويُؤَدِّبَه؛ لأنَّه صَلاحٌ للمالِ، وله أن يَقْتَصَّ مِن الجنايَةِ عليه وعلى رَقِيقِه، ويأْخُذَ[2] الأرْشَ؛ لأنَّ فيه مصلحتَه. ذكَرَه القاضى. وقال أبو بكرٍ وأبو الخَطَّابِ: لا قِصاصَ له فى جِنايَةِ بعضِ رَقِيقِه على بَعْضٍ؛

---

(١) فى ف، م: «لمصلحته».

(٢) فى ف: «أخذ».

لأنَّ فيه إتْلافَ المالِ على سَيِّدِه .

فصل : وليس له إقامَةُ الحدِّ على رَقِيقِه ؛ لأنَّ طرِيقَه الوِلايَةُ ، والمُكاتَبُ ليس مِن أهلِ الوِلايَةِ . وليس له أن يتصَدَّقَ ولا يتبَرَّعَ ، ولا يُعْتِقَ الرَّقِيقَ ، ولا يَحُجَّ بمالِه ، ولا يَهَبَ ، ولا يُحابِيَ ، ولا يُبْرِئَ مِن الدَّيْنِ ، ولا يُكَفِّرَ بالمالِ ، ولا يُنْفِقَ على أقارِبِه ، ولا يُقْرِضَ ، ولا يُسْرِفَ فى النَّفَقَةِ على نفسِه ؛ لأنَّ حقَّ السَّيِّدِ مُتَعلِّقٌ[1] بأكْسابِه ، فإنَّه رُبَّما عَجَز فصار إلى سَيِّدِه . وإن كانَتْ له[2] أمَةٌ مُزَوَّجَةٌ ، لم يَمْلِكْ بَذْلَ العِوَضِ فى خُلْعِها ، ولا تَعْجِيلَ قَضاءِ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ ، لأنَّه تَبَرُّعٌ يمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى المالِ مِن غيرِ حاجَةٍ إليه . وإن كانَ مُكاتَبًا بينَ نَفْسَيْنِ ، لم يكنْ له تَقْدِيمُ حقِّ أحَدِهما ؛ لأنَّ ما يُقَدِّمُه يتَعلَّقُ به حَقُّ الآخَرِ . ولا يَمْلِكُ فِداءَ جِنايَتِه أو جِنايَةِ رَقِيقِه بأكْثَرَ مِن قِيمَتِه ؛ لأنَّ الفِداءَ كالابْتِياعِ . ولا يَمْلِكُ التَّزَوُّجَ ولا التَّسَرِّىَ ؛ لأنَّه تلْزَمُه النَّفَقَةُ والمَهْرُ فى التَّزْوِيجِ ، ولا يَأْمَنُ حَبَلَ الأمَةِ فتتْلَفُ بالوِلادَةِ . وما فَعَل مِن هذا كُلِّه بإذْنِ سَيِّدِه ، جاز ؛ لأنَّ المَنْعَ لأجْلِه ، فجاز بإذْنِه ، كتَصَرُّفِ الرَّاهِنِ بإذْنِ المُرْتَهِنِ . وإن وَهَب المَوْلَى أو أقْرَضه ، أو حاباه ، أو فَدَى جِنايَتَه عليه بأكْثَرَ مِن أَرْشِها ، جاز ؛ لاتِّفاقِهما عليه .

فصل : وليس له التَّصَرُّفُ إلَّا على وَجْهِ الحَظِّ والاحْتِياطِ ؛ لأنَّ حقَّ المَوْلَى مُتعلِّقٌ بأكْسابِه[3] ، فلا يَبِيعُ نَساءً وإن أخَذ به رَهْنًا أو ضَمِينًا .

---

(١) فى الأصل : « معلق » .

(٢) زيادة من : ف .

(٣) فى م : « باكتسابه » .

ويَحْتَمِلُ الجوازُ ؛ لِما ذكَرْنا فى المُضارِبِ . [٢٦٧ظ] وإن باعَ ما يُساوِى مِائَةً بِمائَةٍ نَقْدًا وعِشْرِينَ نَسِيئَةً ، جازَ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه . وليس له أن يُضارِبَ بمالِه ؛ لأنَّه يُخاطِرُ به ، ولا يَرْهَنَه ، لأنَّه يُخْرِجُ مالَه بغيرِ عِوَضٍ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أنَّه يجوزُ له رَهْنُه والمُضارَبَةُ به ؛ لأنَّه قد يَرَى الحَظَّ فيه ، بدَليلِ أنَّ لوَلِيِّ اليَتِيمِ فِعْلَه فى[1] مالِ اليَتِيمِ ، فجاز ، كإجارَتِه .

فصل : وإذا اسْتَوْلَد أمَتَه ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّها عَلِقَتْ منه فى مِلْكِه ، وليس له بَيْعُها . نَصَّ عليه . وتكونُ هى [2]ووَلَدُه منها[2] مَوْقُوفَيْنِ ؛ إن عتَقَ[3] بالكِتابَةِ ، عتَقَ[3] الوَلَدُ ، وأُمُّه [4]أُمُّ وَلَدٍ[4] ، وإن رَقَّ ، رَقَّا . وذَكَر القاضى فى مَوْضعٍ آخَرَ أنَّ الأمَةَ لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ بمَمْلُوكٍ ، وله بَيْعُها .

وليس له مُكاتَبَةُ رَقِيقِه ؛ لأنَّه إعْتاقٌ . واخْتارَ القاضى أنَّ له ذلك ؛ لأنَّه مُعَاوَضَةٌ ، فملَكَه ، كالبَيْعِ . وقال أبو بكرٍ : إعْتاقُه وكِتابَتُه مَوْقُوفانِ[5] ، [6]إنْ أدَّى وهما[6] فى مِلْكِه ، نَفَذا ، وإلَّا بَطَلَا ، كالقَوْلِ فى ذوى أرْحامِه . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ العِتْقَ تبَرُّعٌ ، فلم يَصِحَّ ، كالهِبَةِ .

ومَن لا يَصِحُّ إعْتاقُه لا تَصِحُّ كِتابَتُه ، كالمَأْذُونِ ، وليس له تَزْوِيجُ الرَّقِيقِ . وحُكِىَ عن القاضِى أنَّ له تَزْوِيجَ الأمَةِ دُونَ العَبْدِ ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ .

---

(١) فى ف : « فيما » .

(٢ - ٢) فى م : « وولدها منه » .

(٣) فى الأصل : « أعتق » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى ف : « موقوف » .

(٦ - ٦) فى ف : « فإن أداهما » .

وقال أبو الخَطَّابِ : له تَزْوِيجُهما إذا رأَى المَصْلحةَ فيه ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ فى الرَّقيقِ بما[1] فيه[2] المصلحةُ ، فجازَ ، كخِتَانِ العَبْدِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ فى التَّزْوِيجِ ضَرَرًا بالمالِ ونَقْصًا فى القِيمَةِ ، وليس هو مِن جِهاتِ المكاسِبِ .

قال القاضى : وله أن يَشْتَرِىَ ذَوِى رَحِمِه ؛ لأنَّه لا ضرَرَ على السَّيِّدِ فيهم ، فإنَّه إن عَجَز فهم[3] عَبِيدٌ ، وإنْ عَتَقَ لم يَضُرَّ السَّيِّدَ عِتْقُهم . وقال أبو الخَطَّابِ : ليس له شِراؤُهم ؛ لأنَّه يَبْذُلُ مالَه فيما لا يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيه ، ويلْزَمُه نفَقَتُهم[4] ، لكنْ يَصِحُّ أن يَمْلِكَهم بالهِبَةِ والوَصِيَّةِ ، أو بالشِّراءِ بإذْنِ السَّيِّدِ . وعلى كِلَا القَوْلين ، إذا مَلَكهم لم يَعْتِقُوا بمُجَرَّدِ مِلْكِه لهم ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إعْتاقَهم بالقَوْلِ ، فلا يَحْصُلُ العِتْقُ بالمِلْكِ القائمِ مَقامَه . ولا يَمْلِكُ بَيْعَهم ولا إخْراجَهم عن مِلْكِه ؛ لأنَّ مَن يَعْتِقُ عليه يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ جُزْئِه ، فلم يَجُزْ بَيْعُه ، كبَعْضِه . فإن أَدَّى عَتَق ، وكَمَل مِلْكُه فيهم ، فعَتَقُوا حِينَئذٍ ، ووَلاؤُهم له دُونَ سَيِّدِه ، وإن رَقَّ ، رَقُّوا ، ونفَقَتُهم على المُكاتَبِ ؛ لأنَّهم عَبِيدُه . وإن أعْتَقهم السَّيِّدُ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّهم ليسوا عَبِيدًا له .

وإنِ اشْتَرَى المُكاتَبُ زَوْجَتَه ، أو المُكاتَبَةُ زَوْجَها ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه . وإذا مَلَك أحدُهما صاحِبَه ، انْفَسَخ النِّكاحُ ؛ لأنَّه لا يَجْتَمِعُ مِلْكُ اليَمِينِ ومِلْكُ النِّكاحِ . ولو زَوَّج ابْنَتَه[5] مِن مُكاتَبِه ، فماتَ السَّيِّدُ قبلَ

---

(١) بعده فى ف : « له » .

(٢) بعده فى الأصل : « من » .

(٣) فى الأصل : « فإنهم » .

(٤) فى ف ، م : « نفقته » .

(٥) فى ف : « ابنه » .

عِتْقِه ، انْفَسَخ النِّكاحُ ؛ لأنَّها لمَّا مَلَكَتْه أو جُزْءًا مِن أجْزَائِه ، انْفَسَخ النِّكاحُ ، كما لو اشْتَرَتْه .

فصل : وإن حَبَس المُكاتَبَ أجْنَبِيٌّ عن التَّصَرُّفِ ، فعليه أُجْرَةُ مِثْلِه ؛ لأنَّه فَوَّت مَنافِعَه ، فلَزِمه عِوَضُها ، كالعَبْدِ . وإن حَبَسه سَيِّدُه ، ففيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ، أحدُها ، تَلْزَمُه أُجْرَةُ مِثْلِه ؛ لِما ذكَرْنا . والثانى ، لا يُحْتَسَبُ عليه بمُدَّةِ الحَبْسِ ؛ لأنَّه[1] يَلْزَمُه تَمْكِينُه مِن التَّصَرُّفِ مُدَّةَ الكِتابَةِ ، فإذا مَنَعه ، لم يُحْتَسَبْ بها عليه . والثالثُ ، يَلْزَمُه أرْفَقُ الأمْرَيْنِ به ؛ لأنَّه وُجِدَ سببُهما ، فكان للمُكاتَبِ أنْفَعُهما . وإن قَهَره أهلُ الحَرْبِ فحَبَسُوه ، لم يَلْزَمِ السَّيِّدَ إنْظارُه ؛ لأنَّ الحَبْسَ مِن غيرِ جِهَتِه .

[٢٦٨و] **فصل** : وليس للسَّيِّدِ وَطْءُ مُكاتَبَتِه (٢)مِن غيرِ(٢) شَرْطٍ ؛ لأنه زال مِلْكُه عن اسْتِخْدامِها وأَرْشِ الجنايَةِ عليها ، (٣)فزالَ حِلُّ وَطْئِها(٣) ، كالمُعْتَقَةِ . وإن شَرَطه فى عَقْدِ الكِتابَةِ ، صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه شَرَط مَنْفَعَتَها مع بَقاءِ مِلْكِه عليها ، فصَحَّ ، كما لو شَرَط خِدْمَتَها مُدَّةً . فإن وَطِئَها مع الشَّرْطِ ، فلا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه يَمْلِكُه ، فأشْبَهَ وَطْءَ أُمِّ وَلَدِه . وإن وَطِئَها مِن غيرِ شَرْطٍ ، أُدِّب ؛ لأنَّه وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، ولا حَدَّ عليه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه ، ولها عليه مَهْرُ مِثْلِها ، سَواءٌ أكْرَهَها أو طاوَعَتْه ؛ لأنَّه عِوَضُ مَنْفَعَتِها ، فوَجَب لها ، كما لو اسْتَخْدَمَها . وإن عَلِقَت منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، لأنَّه وَلَدُه

---

(١) بعده فى الأصل : « لا » .

(٢ - ٢) فى ف : « بغير » .

(٣ - ٣) فى م : « فلا يحل وطؤها » .

مِن أمَتِه ، ولا يَلْزَمُه قِيمَتُه ؛ لذلك ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّه أحْبَلَها بحُرٍّ[1] فى[2] مِلْكِه ، والكِتابَةُ بحالِهَا ، فإن أدَّتْ ، عتَقَتْ ، وإن عجَزَتْ ، عتَقَتْ بمَوْتِه ؛ لأنَّها مِن أُمَّهاتِ الأوْلادِ ، وما فى يَدِها لوَرَثَةِ سَيِّدِها . وإن ماتَ السَّيِّدُ قبلَ عَجْزِها ، عتَقَتْ ؛ لأنَّه اجْتَمعَ لها[3] سبَبَانِ يَقْتَضِيَانِ العِتْقَ ، فأيُّهما سَبَق عتَقَتْ به .

وما فى يَدِها لها . ذكَرَه القاضى ؛ لأنَّ العِتْقَ إذا وَقَع فى الكِتابَةِ لا يُبْطِلُ حُكْمَها ، ولأنَّ المِلْكَ كان ثابِتًا لها ، والعِتْقُ لا يَقْتَضِى زَوالَه عنها ، فأشْبَهَ ما لو عتَقَتْ بالإبْرَاءِ مِن مالِ الكِتابَةِ . وقال الخِرَقِيُّ وأبو الخَطَّابِ : ما فى يَدِها لوَرَثَةِ سَيِّدِها ؛ لأنَّها عتَقَتْ بحُكْمِ الاسْتِيلادِ ، فأشْبَهَ غيرَ المُكاتَبَةِ . ولو أعْتَقَها سيِّدُها ، أو عتَقَتْ بالتَّدْبِيرِ ، احْتَمَل أن يكونَ كذلك ، واحْتَمَل أن يكونَ ما فى يَدِها لها بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ إعْتَاقَها برِضًا مِن المُعْتِقِ رِضًا منه بإعْطَائِها مالَها ، بخِلافِ العِتْقِ[4] بالاسْتِيلادِ .

فصل : ووَلَدُ المُكاتَبَةِ مِن غيرِ سَيِّدِها بعدَ كِتابَتِها بمَنْزِلَتِها ؛ لأنَّها اسْتَحَقَّتِ الحُرِّيَّةَ بسَبَبٍ قَوِيٍّ ، فتَبِعَها ولَدُها ، كأُمِّ الوَلَدِ ، وسَواءٌ حمَلَتْ به بعدَ الكِتابَةِ أو كانت حامِلًا به عندَ كِتابَتِها ، ونفَقَتُه عليها ؛ لأنَّه تَبِعها فى حُكْمِها ، وكَسْبُه لها ؛ لذلك ، وإن قُتِل ، فقِيمَتُه لها ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ جُزْئِها ،

---

(١) فى م : « بجزء » .

(٢) فى الأصل : « من » .

(٣) فى م : « بها » .

(٤) فى ف : « المعتق » .

وبَدَلُ[1] جزئِها لها . فإن أعْتَقه السَّيِّدُ ، نَفَذ عِتْقُه . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه عَبْدٌ له ، فصَحَّ عِتْقُه ، كأُمِّه . فإن كانَ وَلَدُها جارِيَةً ، لم يَمْلِكِ السَّيِّدُ وَطْأَها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ وَطْءَ أُمِّها ، وحُكْمُها حُكْمُ أُمِّها . وإن وَطِئها ، فلا حَدَّ عليه ؛ للشُّبْهَةِ ، وعليه مَهْرُها ، وحُكْمُه حُكْمُ كَسْبِها . وإن عَلِقَتْ منه ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لشُبْهَةِ[2] المِلْكِ ، ولا يَلْزَمُه قِيمَتُها ؛ لأنَّ القِيمَةَ تَجِبُ لِمَن يَمْلِكُها ، والأُمُّ لا تَمْلِكُ رَقَبَتَها ، إنَّما هى مَوْقُوفَةٌ عليها . ويَحْتَمِلُ أن تَلْزَمَه قِيمَتُها لأُمِّها ، كما لو قَتَلها . والحُكْمُ فى وَطْءِ جارِيَةِ المُكاتَبَةِ كالحُكْمِ فى وَطْءِ بِنْتِها ، إلَّا أنَّه يَلْزَمُه قِيمَتُها إذا أحْبَلَها لِمَوْلَاتِها ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُها . ووَطْءُ جارِيَةِ المُكاتَبِ كوَطْءِ جارِيَةِ المُكاتَبَةِ سَواءً .

فصل : وإذا كانَتِ الأَمَةُ بينَ شَرِيكَيْنِ فكَاتَباها ، ثم وَطِئَها أحدُهما ، أُدِّب ، ولا حَدَّ عليه ؛ لشُبْهَةِ المِلْكِ ، وعليه المَهْرُ لها ؛ لِما قدَّمْنا . فإن أوْلَدها ، فوَلَدُه حُرٌّ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له ، وعليه نِصْفُ قِيمَتِها لشَرِيكِه ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّها عليه . فإن كان مُوسِرًا أدَّاه ، وإن كانَ مُعْسِرًا ففى ذِمَّتِه . هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ الإحْبالَ أقْوَى مِن الإعْتاقِ ، بدَليلِ نُفُوذِه مِن المَجْنُونِ . وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ للواطِئِ ومُكاتَبَةً له ، كما لو اشْتَرَى نِصْفَها مِن شَرِيكِه . وقال القاضى : إن كان الواطِئُ مُعْسِرًا ، لم يَسْرِ إحْبَالُه إلى نَصِيبِ [٢٦٨ظ] الشَّرِيكِ ؛ لأنَّه إعْتاقٌ ، فلم يَسْرِ مع الإعْسارِ ، كالقَوْلِ ، ويَصِيرُ نِصْفُها أُمَّ وَلَدٍ ، فإن عجزَتْ ، اسْتَقَرَّ الرِّقُّ فى نِصْفِها ، وثَبَت حُكْمُ

---

(١) فى الأصل ، م : « بذل » .

(٢) فى م : « بشبهة » .

الاسْتِيلادِ لنِصْفِها. وإن كان الوَاطِئُ مُوسِرًا، فنِصْفُها أُمُّ وَلَدٍ، ونِصْفُها مَوْقُوفٌ، إن أدَّتْ، عتقَتْ، وإن عجَزَتْ، فُسِخَتِ الكِتابَةُ، وقُوِّمَتْ حِينَئِذٍ على الواطِئِ، وصارَ جَمِيعُها أُمَّ وَلَدٍ له. وأمَّا الوَلَدُ، فهو حُرٌّ، ونسَبُه لاحِقٌ بالواطِئِ. وهل تَجِبُ نِصْفُ قِيمَتِه؟ فيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، تَجِبُ؛ لأنَّه كان مِن سَبِيلِه أن يكونَ عَبْدًا، فقد أتْلَف رِقَّه بفِعْلِه، فكانَ عليه نِصْفُ قِيمَتِه. والثانيةُ، لا تَجِبُ قيمَتُه؛ لأنَّه انْتقَل نَصِيبُ شَرِيكِه إليه حينَ عَلِقَتْ به، ولا قِيمَةَ له فى تلك الحَالِ، فلم يَضْمَنْه. قال القاضى: الرِّوايَةُ الأُولَى أصَحُّ على المَذْهَبِ، ويكونُ الواجِبُ لأُمِّه إن كانت فى الكِتابَةِ؛ لأنَّه بَدَلُ وَلَدِها. وقال أبو بكرٍ: إن وضَعَتْه بعدَ التَّقْوِيمِ، فلا شىءَ على الواطِئِ؛ لأنَّها وضَعَتْه فى مِلْكِه، وإن كان قبلَه، غَرِم نِصْفَ قِيمَتِه.

فصل: فإن وَطِئها الثانى بعدَ وَطْءِ الأوَّلِ، وكانت باقِيَةً على الكِتابَةِ، فعليه المَهْرُ لها، وإن كانت قد عجَزَتْ وقُوِّمَتْ على الأوَّلِ، فالمَهْرُ له، وإن لم تُقَوَّمْ على الأوَّلِ، فمَهْرُها بَيْنَهما. فإن أوْلَدها الثانى بعدَ الحكْمِ بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ[1]، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ للثانى، وحُكْمُ ولَدِها حُكْمُها، كما لو وَلَدَتْ مِن أجْنَبِىٍّ. وإن كانَ قبلَ الحُكْمِ بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ، صارَ نِصْفُها أُمَّ وَلَدٍ للثانى، ونِصْفُها أُمَّ وَلَدٍ للأوَّلِ.

فصل: ويَجِبُ على السَّيِّدِ إيتاءُ المُكاتَبِ مِن المالِ قَدْرَ رُبُعِ الكِتابَةِ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾[2]. ورَوَى

---

(١) فى ف، م: «الأول».

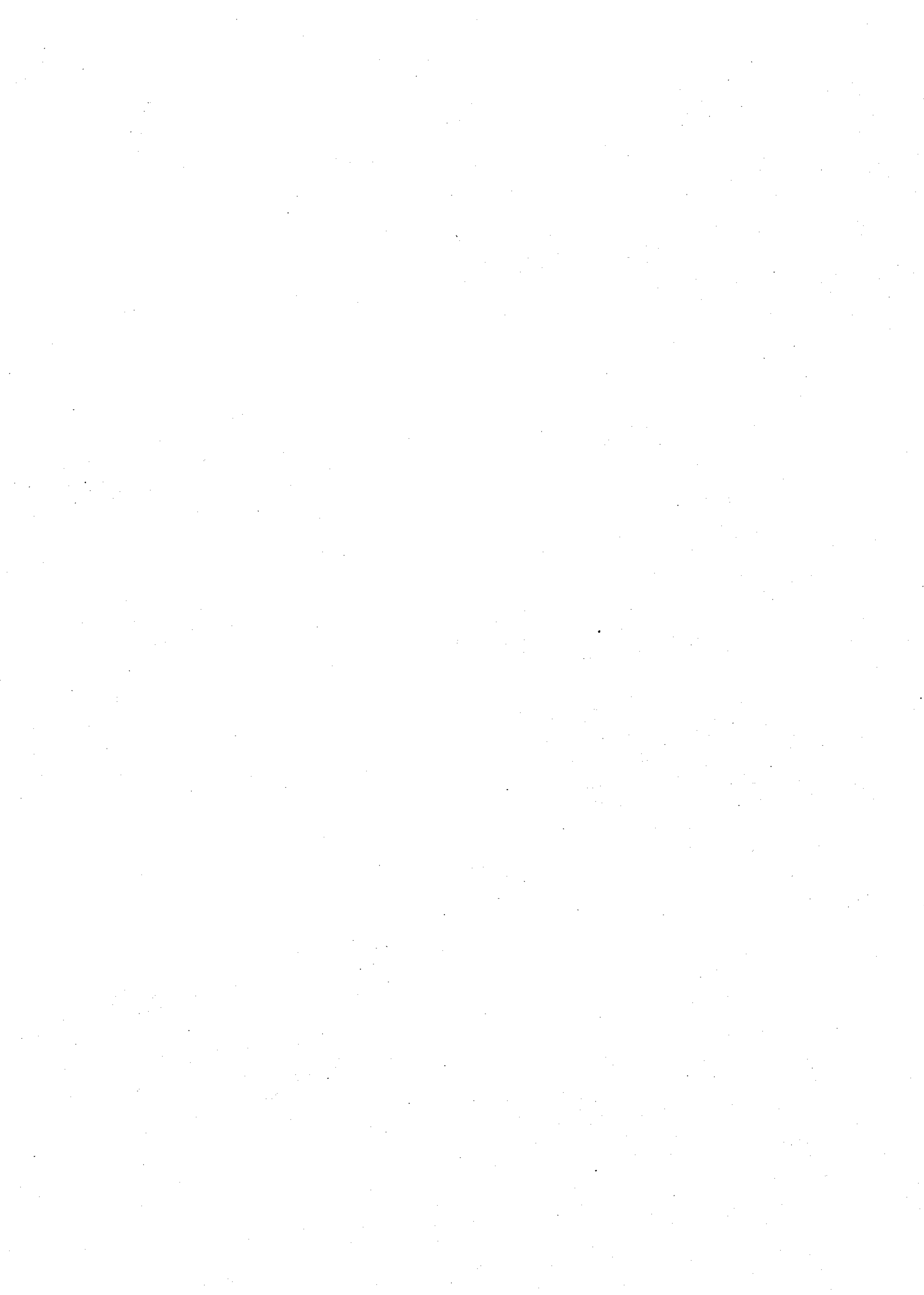
(٢) سورة النور ٣٣.

عليٍّ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، أنَّ النبىَّ ﷺ قال فى هذه الآيَةِ: «يُحَطُّ عَنْهُ الرُّبُعُ». أخْرَجَه أبو بكرٍ[1]. وهذا نَصٌّ. ورُوِىَ مَوْقُوفًا على علىٍّ[2].
ويُخَيَّرُ السَّيِّدُ بينَ وَضْعِه عنه وبينَ دَفْعِه إليه؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى نَصَّ على الدَّفْعِ إليه، فنَبَّهَ به على الوَضْعِ، لكونِه أنْفعَ مِن الدَّفْعِ، لتَحَقُّقِ النَّفْعِ به فى الكِتابَةِ. فإنِ اخْتَارَ الدَّفْعَ، جاز بعدَ العَقْدِ؛ للآيَةِ.

ووَقْتُ الوُجوبِ بعدَ العِتْقِ؛ لقَوْلِه تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾. فإذا آتَى[3] ما عليه، عَتَقَ. وقال علىٌّ: الكِتَابَةُ على نَجْمَيْن، والإِيتَاءُ مِن الثانى[4]. ويجِبُ الإِيتَاءُ مِن جِنْسِ مالِ الكِتابَةِ؛ للآيَةِ. فإنِ اتَّفَقا على غيرِ ذلك، جاز؛ لأنَّ الحقَّ لهما، فجاز باتِّفاقِهما. وإن ماتَ السَّيِّدُ بعدَ العِتْقِ وقبلَ الإِيتَاء، فذلك دَيْنٌ فى تَرِكَتِه يُحاصُّ به غُرَماؤُه؛ لأنَّه حَقٌّ لآدَمِىٍّ، فلم يسْقُطْ بالمَوْتِ، كسائرِ حقُوقِه.

---

(١) وأخرجه البيهقى بنحوه، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٣٢٨، ٣٢٩.
(٢) أخرجه البيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٣٢٩. والطبرى، فى: تفسيره ١٨/ ١٢٩. وصحح البيهقى وقفه.
(٣) فى ف: «أدى».
(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٧٣.



بابُ الأداءِ والعَجْـزِ

لا يَعْتِقُ المُكاتَبُ حتى يَبْرَأَ مِن مَالِ الكِتابَةِ بالأداءِ أو الإبْرَاءِ ؛ لِما رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْه[1] دِرْهَمٌ » . رَواه أبو داودَ[2] . وقال أصْحابُنَا : إذا أدَّى ثَلاثَةَ أرْبَاعِ كِتابَتِه ، وعَجَزَ عن الرُّبُعِ ، عَتَق ؛ لأنَّه حَقٌّ له ، فلا تتَوَقَّفُ حُرِّيَّتُه على أدائِه ، كأَرْشِ جِنايَةِ سَيِّدِه عليه . وإن أبْرَأه [٢٦٩و] سَيِّدُه ، عَتَق ؛ لأنَّه لم يَبْقَ عليه شىءٌ .

فصل : وإن عُجِّلَتِ الكِتابَةُ قبلَ مَحِلِّها وفى قَبْضِها ضَرَرٌ ، لم يَلْزَمْه قَبْضُه قبلَ مَحِلِّه ، كالسَّلَمِ ، وإن لم يكنْ فى قَبْضِه ضَرَرٌ ، لَزِمه قَبْضُه ، وعَتَق العَبْدُ ؛ لأنَّ الأجَلَ حقٌّ لِمَن عليه الدَّيْنُ ، فإذا رَضِى بإسْقاطِ حَقِّه يجِبُ أن يَسْقُطَ ، كسائرِ الحقُوقِ . وعنه ، لا يَلْزَمُه قَبْضُه ؛ لأنَّ بَقاءَ المُكاتَبِ فى مِلْكِه فى هذه المُدَّةِ حَقٌّ له ، ولم يَرْضَ بزَوالِه ، فلم يَزُلْ ، كما لو عَلَّق عِتْقَه بمُضِيِّ تلك المُدَّةِ . وعنه ، أنَّه يَعْتِقُ إذا مَلَك ما يُؤَدِّى ؛ لِما

---

(١) بعده فى م : « من مكاتبه » .

(٢) فى : باب فى المكاتب يؤدى بعض كتابته ...، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٤٦.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٥. وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٧٨، ١٨٤، ٢٠٦، ٢٠٩.

رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « إذَا كانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، وكَانَ عِنْدَه مَا يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ » . رَواه التِّرمِذِىُّ[1] ، وقال : حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . فعلى هذا ، إنِ امْتَنع مِن الأداءِ ، أجْبره الحاكِمُ عليه .

فصل : وإذا حَلَّ نَجْمٌ ، فعَجَز عن أدائِه ، فللسَّيِّدِ الفَسْخُ ؛ لأنَّه تعَذَّر العِوَضُ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، ووَجَد عينَ مالِه ، فكان له الرُّجوعُ ، كما لو باعَ سِلْعَةً فأَفْلَس المُشْتَرِى قبلَ [2]نَقْدِ ثَمَنِها[2] . وعنه ، لا يُعَجَّزُ حتى يَحِلَّ نَجْمانِ ؛ لأنَّ ما بَيْنَهما مَحِلٌّ لأداءِ[3] الأوَّلِ ، فلا يتَحَقَّقُ عَجْزُه حتى يَحِلَّ الثانى . وعنه ، لا يُعَجَّزُ حتى يقولَ : قد[4] عَجَزْتُ . وللسَّيِّدِ الفَسْخُ بغيرِ حاكمٍ ؛ لأنَّه مُجْمَعٌ عليه ، أشْبَهَ الرَّدَّ بالعَيْبِ .

وإنِ امْتَنَع العَبْدُ مِن الأداءِ مع[5] إمْكانِه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ[6] أنَّ للسَّيِّدِ الفَسْخَ . وهو قَوْلُ جماعَةٍ مِن أصْحابِنا ؛ لأنَّ التَّعَذُّرَ حاصِلٌ

---

(١) فى : باب ما جاء فى المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٦٥، ٢٦٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المكاتب يؤدى بعض كتابته فيعجز أو يموت ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٤٦. والنسائى ، فى : باب ذكر المكاتب يكون عنده ما يؤدى ، من كتاب العتق ، وفى : باب دخول العبد على سيدته ونظره إليها ، من كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٣/ ١٩٧، ١٩٨، ٥/ ٣٨٩. وابن ماجه ، فى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٨٩، ٣٠٨، ٣١١.

(٢ - ٢) فى م : « تقديمها » .

(٣) فى م : « الأداء » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى الأصل : « بعد » .

(٦) بعده فى الأصل : « على » .

بالامْتِناعِ كحُصُولِه بالعَجْزِ. وقال أبو بكرٍ: ليس له الفَسْخُ؛ لأنَّه أمْكَنَ الاسْتِيفَاءُ بإجْبَارِه على ذلك، وتَعَذُّرُ البَعْضِ كتَعَذُّرِ الجميعِ.

فصل: وإن كان معه مَتاعٌ يُرِيدُ بَيْعَه، فاسْتَنْظَره ليَبِيعَه، لَزِمه إنْظارُه؛ لأنَّه أمْكَنَ الاسْتِيفاءُ مِن غيرِ ضرَرٍ. ولا يَلْزَمُه إنْظارُه أكْثَرَ مِن ثَلاثٍ؛ لأنَّها قَرِيبَةٌ. وإن كانَ له مالٌ غائبٌ يَرْجُو قُدُومَه فيما دُونَ مَسافَةِ القَصْرِ، فكذلك، وإن كان أبْعَدَ، لم يَلْزَمْه إنْظارُه؛ لأنَّ فيه ضرَرًا. وإن كان له دَيْنٌ حَالٌّ على مَلِيءٍ، أو في يَدِ مُودَعٍ، فهو كالغائبِ القَرِيبِ، وإن كان على مُعْسِرٍ، أو مؤَجَّلًا، فهو كالبَعِيدِ.

وإن حَلَّ النَّجْمُ والمُكاتَبُ غائبٌ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه، فله الفَسْخُ، وإن كان بإذْنِه، لم يَفْسَخْ، ويَرْفَعُ الأمْرَ إلى الحاكمِ ليَكْتُبَ كِتابًا إلى حاكمِ ذلك البَلَدِ ليأْمُرَه[(١)] بالأداءِ، أو يُثْبِتَ عَجْزَه عندَه، فيَفْسَخَ حِينَئِذٍ. وإن حَلَّ والمُكاتَبُ مَجْنُونٌ معه مالٌ، فسَلَّمَه إلى المَوْلَى، عَتَق؛ لأنَّه قَبضَ ما يَسْتَحِقُّه، فبَرِئَتْ به ذِمَّةُ الغَرِيمِ.

وإن لم يكنْ معه شيءٌ، فلسَيِّدِه الفَسْخُ، فإن فَسَخ ثم ظَهَر له مالٌ، نُقِض الحُكْمُ بالفَسْخِ؛ لأنَّنا حَكَمْنا بالعَجْزِ في الظاهِرِ، وقد بان خِلافُه، فنُقِض، كما لو حَكَم الحاكِمُ ثم وَجَد النَّصَّ بخِلافِه. وإن كانَ قد أنْفَق عليه بعدَ الفَسْخِ، رَجَع بما أنْفَق؛ لأنَّه لم يتَبَرَّعْ به، بل أنْفَق على أنَّه عَبْدُه، وإن أفاق بعدَ الفَسْخِ، فأقامَ بَيِّنَةً أنَّه كانَ قد أدَّى، نُقِض الحُكْمُ

---

(١) في الأصل: «يأمره».

بالفَسْخِ ، ولم يَرْجِعِ السَّيِّدُ بالنَّفَقَةِ ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ بإنْفاقِه عليه مع عِلْمِه بحُرِّيَّتِه .

فصل : وإن أحْضَر المُكاتَبُ المالَ ، فقال السَّيِّدُ : هذا حَرامٌ . وأنْكَر المُكاتَبُ ، ولا بَيِّنَةَ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُكاتَبِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه فى يَدِه ، فالظاهِرُ أنَّه له . فإذا حَلَف ، خُيِّرَ المَوْلَى بينَ أخْذِه [٢٦٩ظ] أو إبْرَائِه مِن مَالِ الكِتابَةِ ، فإن لم يَفْعَلْ ، قَبَضه الحاكِمُ ؛ لأنَّه حقٌّ تَدْخُلُه النِّيابَةُ ، فإذا امْتَنع منه ، قامَ الحاكِمُ مَقامَه . وكذلك إن عُجِّلَتِ الكِتابَةُ قبلَ مَحِلِّها - وقُلْنا : يَلْزَمُه أخْذُه - فامْتَنَع ، قام الحاكِمُ مَقامَه . ورُوِىَ أنَّ رجلًا أتَى عُمَرَ ، فقال : يا أمِيرَ المُؤْمِنينَ ، إنِّى كاتَبْتُ على كذَا وكذَا ، وإنِّى أيْسَرْتُ بالمالِ ، فأَتَيْتُه بالمالِ ، فزَعَمَ أنَّه لا يأْخُذُه إلَّا نُجُومًا . فقالَ عُمَرُ : يا يَرْفَأُ[1] خُذْ هذا المالَ فاجْعَلْه فى بَيْتِ المالِ ، وأَدِّ إليه نُجُومًا فى كلِّ عامٍ ، وقد عَتَقَ هذا . رَواه الأثْرَمُ[2] .

فصل : فإن أدَّى المُكاتَبُ ظاهِرًا فبان مُسْتَحَقًّا ، تَبَيَّنَّا أنَّه لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ العِتْقَ بالأَداءِ ، وما أدَّى . وإن عُلِم بعدَ مَوْتِه[3] ، فتَرِكَتُه لمَوْلاه أو وَرَثَتِه ؛ لأنَّه مات على الرِّقِّ . وإن ظَهَر به عَيْبٌ ، فللسَّيِّدِ الرَّدُّ والمُطالَبَةُ بالأَرْشِ ، فإن رَضِىَ به مَعِيبًا ، اسْتَقَرَّ العِتْقُ . وإن طَلَب الأَرْشَ فأَدَّى إليه ، اسْتَقَرَّ العِتْقُ ، وإن لم يُؤَدِّ إليه ، بَطَل العِتْقُ ؛ لأنَّ ذِمَّتَه لم تَتِمَّ بَراءَتُها مِن المالِ .

---

(١) فى م : « برقى » .

(٢) وأخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠/ ٣٣٥.

(٣) فى م : « الموت » .

وإن رَدَّ المَعِيبَ[1] ، بَطَل العِتْقُ ، إلَّا أن يُعْطِيَه بدَلَه . وقال أبو الخَطَّابِ : لا يَرْتَفِعُ العِتْقُ[2] ، وله قِيمَةُ المَعِيبِ ، أو أَرْشُه إن أمْسَكه . وإن كاتَبه على خِدْمَةِ شَهْرٍ فمَرِض فيه ، لم يَقَعِ العِتْقُ ؛ لعَدَمِ العِوَضِ .

فصل : وإن باع ما فى ذِمَّةِ المُكاتَبِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه بَيْعُ دَيْنٍ ، لا سِيَّما وهو غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، فإن قَبَضه المُشْتَرِى ، لم يَعْتِقِ المُكاتَبُ ؛ لأنَّه لم يَقْبِضْه السَّيِّدُ ولا وَكِيلُه ، وإنَّما قَبَضه المُشْتَرِى لنَفْسِه وهو لا يَسْتَحِقُّه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أنَّه يَعْتِقُ ؛ لأنَّ السَّيِّدَ أَذِن للمُشْتَرِى فى قَبْضِه ، فصار[3] قَبْضُه كقَبْضِ وَكِيلِه .

فصل : إذا جَنَى المُكاتَبُ بُدِئَ بجِنَايَتِه قبلَ كِتابَتِه ؛ لأنَّ جِنايَتَه تُقَدَّمُ[4] على حَقِّ المالِكِ إذا كان قِنًّا ، فعلى حقِّه (٥ فى المُكَاتَبِ ٥) أوْلَى . فإن أدَّاهما ، عَتَق ، وإن عَجَز عن أدَائِهما ، فلكلٍّ واحدٍ منهما تَعْجِيزُه ، فإن عَجَّزَه وَلِىُّ الجنايَةِ ، بِيعَ فيها إنِ اسْتَغْرَقَتْه ، وإلَّا بِيعَ منه بقَدْرِ جِنايَتِه ، وباقِيه على الكِتابَةِ ، متى أدَّى كِتابَةَ باقِيه عَتَق . وهل يَسْرِى عِتْقُه ، ويُقَوَّمُ على سَيِّدِه إن كان مُوسِرًا ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن عَجَّزه السَّيِّدُ ، عادَ[6] قِنًّا ، وخُيِّرَ

---

(١) فى الأصل : « بالمعيب » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « فكان » .

(٤) فى الأصل : « تقوم » .

(٥ - ٥) فى م : « إذا كان مكاتبا » .

(٦) فى الأصل : « صار » .

بينَ فِدائِه أو تَسْلِيمِه ، كعَبْدِه القِنِّ . فإن أعْتَقه السَّيِّدُ ، فعليه فِداؤُه أيضًا ؛ لأنَّه أتْلَف مَحَلَّ الحقِّ . وإن كان عليه دَيْنٌ مِن مُعامَلَةٍ ، بُدِئَ[1] بقَضائِه ممَّا فى يَدِه ؛ لأنَّه يتَعلَّقُ بما فى يَدِه ، ويَخْتَصُّ به ، والسَّيِّدُ والمجْنِىُّ عليه يَرْجِعان إلى رَقَبَتِه ، فإن فَضَل شىءٌ ، قُدِّم وَلِىُّ الجنايَةِ ، وإن لم يكنْ مالٌ ، لم يَمْلِكِ الغَرِيمُ تَعْجِيزَه ؛ لأنَّ حقَّه فى الذِّمَّةِ ، فلا فائدَةَ فى تَعْجِيزِه ، بل تَرْكُه على الكِتابَةِ أنْفَعُ له ؛ لأنَّه رُبَّما اكْتَسَب ما[2] يُعْطِيه ، فكان أوْلى .

---

(١) فى ف : « برئ » .

(٢) فى م : « بما » .

بابُ الكِتابَةِ الفاسِدَةِ

إذا كاتَبه على عِوَضٍ مُحَرَّمٍ أو مَجْهُولٍ، فالعَقْدُ فاسِدٌ. وإن شَرَطا شَرْطًا فاسِدًا، مِثْلَ أن يشرُطَ [٢٧٠و] أن يُواليَ مَن شاء، (١أو شَيْئًا١) مِن مِيراثِه، فالعَقْدُ صحيحٌ؛ لأنَّ عائشةَ، رَضِىَ اللَّهُ عنها، قالَتْ: كان فى بَرِيرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَّاتٍ، أرادَ أهْلُها أن يَبِيعُوها ويَشْتَرِطُوا الوَلَاءَ، فذَكَرْتُ ذلك للنبىِّ ﷺ فقال: «اشْتَرِيها وَأَعْتِقِيها، فَإِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». مُتَّفَقٌ عليه[٢]. فحَكَم بفَسادِ الشَّرْطِ مع أمْرِه بالشِّراءِ. ويتَخَرَّجُ فَسَادُ العَقْدِ[٣]؛ بِنَاءً[٤] على فَسادِ البَيْعِ به[٤]. وإن شَرَط عليه أن لا يُسافِرَ، ولا يَطْلُبَ الصَّدَقَةَ، فالعَقْدُ صحيحٌ. وفى الشَّرْطِ رِوايَتَانِ؛ إحْداهما، هو صحيحٌ؛ لأنَّ فيه غَرَضًا صحيحًا للسَّيِّدِ، وهو صِيانَتُه عن أكْلِ الصَّدَقَةِ، وصِيانَةُ عَبْدِه عن التَّغْرِيرِ بالسَّفَرِ. والثانيةُ، هو باطِلٌ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ، وهو تَمْكِينُه مِن الكَسْبِ، وأخْذُ ما فَرَض اللَّهُ له مِن الصَّدَقاتِ.

فصل: ومتى فَسَد العَقْدُ، فللسَّيِّدِ الفَسْخُ؛ لأنَّه عَقْدٌ فاسِدٌ لا حُرْمَةَ له. وسَواءٌ كان فيه صِفَةٌ، كقَوْلِه: إن أدَّيْتَ إلَىَّ فأنت حُرٌّ. أو لم تكنْ؛

(١ - ١) سقط من: م.

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥٧، ٥٨.

(٣) فى الأصل: «العتق».

(٤) سقط من: الأصل.

لأنَّ المَقْصودَ المُعاوَضَةُ ، فصارَتِ الصِّفَةُ مَبْنِيَّةً[1] عليها ، بخِلافِ الصِّفَةِ المُجَرَّدَةِ . وله فَسْخُ العَقْدِ بنَفْسِه ؛ لأنَّه مُجْمَعٌ عليه . ويَنْفَسِخُ بمَوْتِ السَّيِّدِ ، وجُنُونِه ، والحَجْرِ عليه لسَفَهٍ ؛ لأنَّه عَقْدٌ غيرُ لازِمٍ ، فأشْبَهَ الوَكالَةَ . وقال أبو بكرٍ : لا يَنْفَسِخُ بذلك ، ولا يَبْطُلُ بجُنُونِ العَبْدِ ؛ لأنَّه لازِمٌ مِن جِهَتِه ، فأشْبَهَ العِتْقَ المُعَلَّقَ بصِفَةٍ .

وإن أدَّى ما كُوتِبَ عليه ، عَتَقَ[2] ؛ لأنَّ الكِتابَةَ جَمَعَتْ مُعاوَضَةً وصِفَةً ، فإذا بَطَلَتِ المُعاوَضَةُ بَقِيَتِ الصِّفَةُ ، فعَتَقَ بها . وإن أدَّاه[3] إلى غيرِ مَن كاتَبَه ، أو أبْرَأه السَّيِّدُ ممَّا عليه ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لم تُوجَدْ . وقال أبو بكرٍ : يَعْتِقُ بالأداءِ إلى الوارِثِ ؛ لأنَّه قامَ مَقامَ المَوْرُوثِ ، وإذا عَتَق فله ما فَضَل فى يَدِه مِن الكَسْبِ .

ويَتْبَعُ الجارِيَةَ وَلَدُها ؛ لأنَّها أُجرِيَتْ مُجْرَى الصَّحِيحَةِ فى العِتْقِ ، فتُجْرَى مُجْرَاها فيما ذكَرْنا . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا يَتْبَعُها ولَدُها ولا فَضْلَةُ كَسْبِها ؛ لأنَّ عِتْقَها بالصِّفَةِ دُونَ الكِتابَةِ .

ولا يَرْجِعُ السَّيِّدُ على العَبْدِ بشىءٍ ؛ لأنَّها إمَّا عِتْقٌ[4] بصِفَةٍ ، وإمَّا مُجْرَاةٌ مُجْرَى الكِتابَةِ الصَّحِيحَةِ ، وكلاهما لا يَثْبُتُ فيه التَّراجُعُ .

---

(١) فى م : « مثبتة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « أدى » .

(٤) فى ف : « عتقت » .

بابُ جَامِعِ الكِتَابَةِ

تَصِحُّ كِتابَةُ بعضِ العَبْدِ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ على نَصِيبِ المُكاتِبِ، فصَحَّ، كبَيْعِه. فإذا كاتَبه وكان باقِيه حُرًّا فأَدَّى، كَمَلَتْ له الحُرِّيَّةُ، وإن كان باقِيه قِنًّا، لم تَسْرِ الكِتابَةُ إليه؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ، فأَشْبَهَ البَيْعَ، ويَصِيرُ شَرِيكًا لمالِكِ (١) باقِيه في نَفْسِه (١). فإذا أدَّى ما كُوتِب عليه ومِثْلَه لمالِكِ باقِيه، عَتَق، وسَرَى العِتْقُ إلى سائرِه، إن كان جَمِيعُه للمُكاتِبِ، وإن كان لغيرِه، والمُكاتِبُ مُوسِرٌ، عَتَق جَمِيعُه، وإن كان مُعْسِرًا، لم يَعْتِقْ إلَّا ما كاتَبه عليه[(٢)]، كالإعْتاقِ المُنَجَّزِ. وإذا أَذِن له شَرِيكُ المُكاتِبِ في الأَدَاءِ مِن جميعِ كَسْبِه، عَتَق بأدائِه، كما لو أَدَّى إليهما. وإن كان باقِيه مُكاتَبًا، [٢٧٠ظ] أو كاتَبه السَّيِّدانِ معًا، جاز، سَواءٌ اتَّفَقَ[(٣)] العِوَضانِ أو اخْتَلَفَا؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، فأَشْبَهَ البَيْعَ. ولا يَمْلِكُ أن يُؤَدِّىَ إلى أحَدِهما أكْثَرَ مِمَّا يُؤَدِّى إلى صاحبِه[(٤)]؛ لأنَّهما سَواءٌ فى كَسْبِه، إلَّا أن يأْذَنَ أحدُهما فى تَعْجِيلِ حقِّ الآخَرِ فيَجُوزَ. وذَكَر أبو بكرٍ وَجْهًا آخَرَ أنَّه لا يجوزُ تَخْصِيصُ أحَدِهما بالأداءِ وإن أَذِن الآخَرُ فيه؛ لأنَّ حقَّه فى ذِمَّتِه لا

(١ - ١) فى الأصل: «نفسه فى باقيه».

(٢) زيادة من: ف.

(٣) فى الأصل: «اتفقا فى».

(٤) فى الأصل: «الآخر».

فيما فى يَدِه، فلم يَنْفَعْ إذْنُه فيه. والأوَّلُ أصَحُّ؛ لأنَّ المَنْعَ لحَقِّه، فجاز بإذْنِه. فإن أدَّى إليهما فى حالٍ[1] واحدةٍ، عَتَق عليهما، ووَلاؤُه لهما. وإن أدَّى إلى أحَدِهما قبلَ الآخَرِ بإذْنِه، أو لكونِ نَصِيبِ المُؤَدَّى إليه مِن العِوَضِ أقَلَّ، عَتَق نَصِيبُه، وسَرَى إلى نَصِيبِ الآخَرِ إن كان مُوسِرًا، فى قَوْلِ الخِرَقِىِّ؛ لأنَّه أعْتَق شِرْكًا له فى عَبْدٍ وهو مُوسِرٌ، فعَتَق عليه كلُّه؛ لحديثِ ابنِ عُمَرَ[2]. وقال أبو بكرٍ: لا يَسْرِى فى الحالِ؛ لأنَّ فى سِرايَتِه إبْطالَ نَصِيبِ صاحِبِه مِن الوَلاءِ الذى انْعقَد سببُه. وهكذا الخِلافُ فيما إذا أعْتَقَ أحدُهما نَصِيبَه بالمُباشَرَةِ، وفيما إذا كان نِصْفُه قِنًّا فأعْتَقه صاحِبُ القِنِّ.

فصل: ويجوزُ أن يُكاتِبَ جماعةً مِن عَبِيدِه صَفْقَةً واحدةً بعِوَضٍ واحدٍ؛ لأنَّ العِوَضَ بجُمْلَتِه[3] معْلومٌ، فصَحَّ، كما لو باع عَبْدَيْنِ بثَمَنٍ واحدٍ، ويَصِيرُ كلُّ واحدٍ منهم مُكاتَبًا بحِصَّتِه مِن العِوَضِ، يُقْسَمُ بَيْنَهم على قَدْرِ قِيمَتِهم حينَ العَقْدِ؛ لأنَّه عِوَضٌ، فيَتَقَسَّطُ[4] على المُعَوَّضِ بالقِيمَةِ، كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا. قال أبو بكرٍ: ويَتَوَجَّهُ لأبى عبدِ اللَّهِ قَوْلٌ آخَرُ، أنَّ العِوَضَ بَيْنَهم على عددِهم؛ لأنَّه أُضِيفَ إليهم إضافَةً واحدَةً، فكانَ بَيْنَهم على السَّواءِ، كما لو أقَرَّ لهم بشىءٍ. والأوَّلُ أصحُّ.

---

(١) فى الأصل: «حالة».

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/ ٥١٤، ٥١٥.

(٣) فى ف: «فى جملته».

(٤) فى م: «فيسقط».

وتُعْتَبَرُ قِيمَتُهم حينَ[1] العَقْدِ ؛ لأنَّه حالُ زَوالِ سُلْطانِه عنهم . وأيُّهم أدَّى ، عَتَق ؛ لأنَّه أدَّى ما عليه ، فعَتَق ، كما لو انْفَرَدَ . وقال ابنُ أبى موسى : لا يَعْتِقُ حتى يُؤَدِّىَ جميعَ الكِتابَةِ ، وإن مات بعضُهم ، سَقَط مِن مالِ الكِتابَةِ بقَدْرِ[2] حِصَّتِه . والأوَّلُ أصَحُّ .

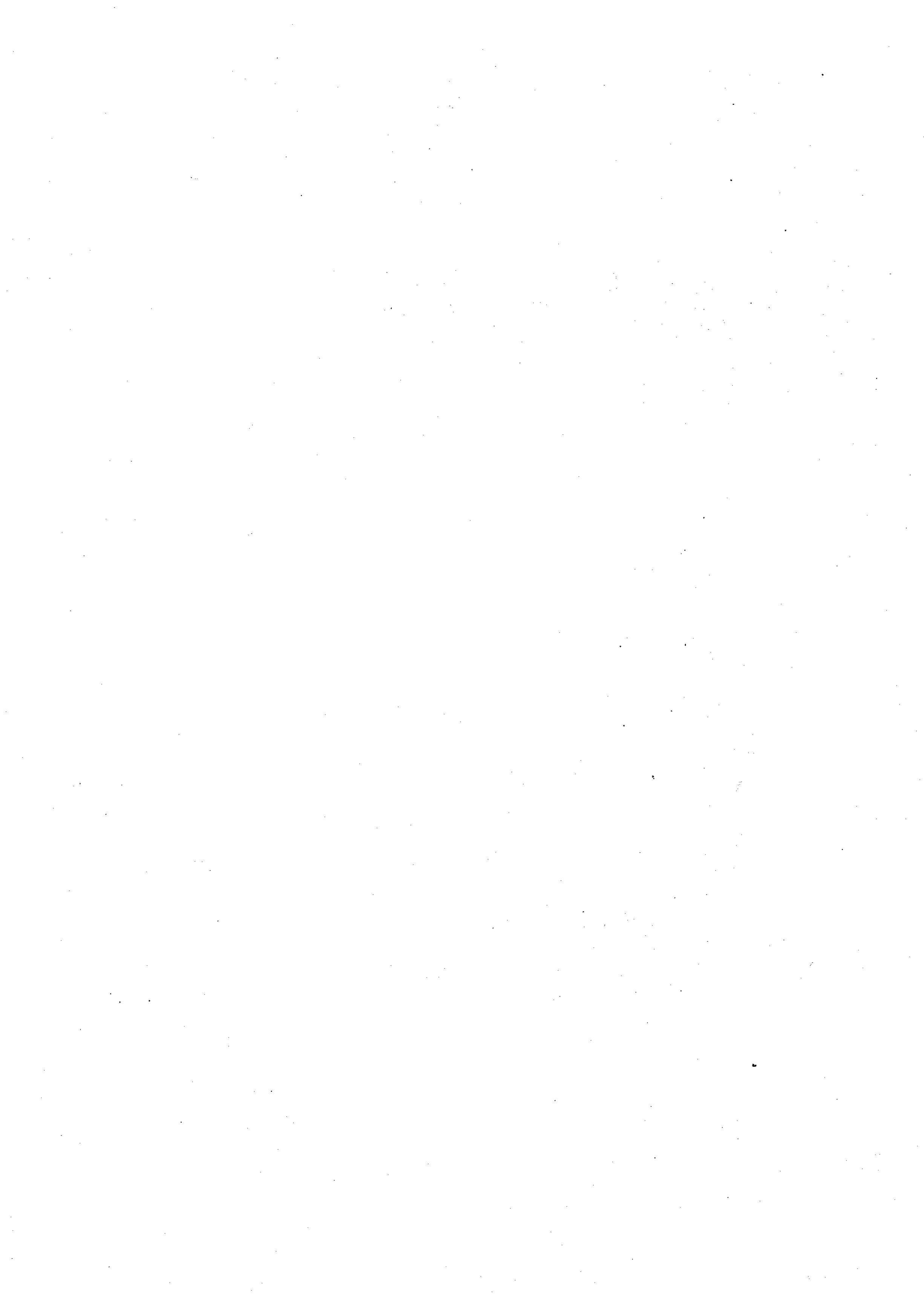
فصل : إذا كاتَبَ السَّيِّدُ عبدَه ، فمالُه لسَيِّدِه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَن بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُه لِلْبَائِعِ ، إلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ »[3] . ولأنَّه عَقْدٌ يُزِيلُ مِلْكَ السَّيِّدِ عن أكْسَابِه ، فأشْبَهَ البَيْعَ .

---

(1) فى م : « حال » .

(2) فى ف : « قدر » .

(3) تقدم تخريجه فى ٣/ ١٠١. من حديث : « من باع نخلا بعد أن يؤبر ...» .



بابُ اخْتِلافِ السيِّدِ ومُكاتَبِه

إذا اخْتَلفا فى أصْلِ العَقْدِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُه . وإنِ اخْتَلفا فى قَدْرِ مالِ الكِتابَةِ ، أو أجَلٍ ، ففيه ثَلاثُ رِوَاياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، القَوْلُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لأنَّهما اخْتَلفا فى الكِتابَةِ ، فأشْبَهَ ما لو اخْتَلفا فى عَقْدِها . والثانيةُ ، القَوْلُ قولُ المُكاتَبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ الزِّيادَةِ المُخْتَلَفِ فيها . والثالثةُ ، يتَحالَفانِ ؛ لأنَّهما اخْتَلفَا فى قَدْرِ العِوَضِ ، فيَتَحالَفانِ ، كما لو اخْتَلفا فى ثَمَنِ المَبِيعِ . فإذا تَحالَفا قبلَ[1] العِتْقِ ، فسَخْنا العَقْدَ ، إلَّا أن يَرْضَى أحدُهما [٢٧١و] بما قال صاحِبُه . وإن كان التَّحَالفُ[2] بعدَ العِتْقِ ، رَجَع السَّيِّدُ على العَبْدِ بقِيمَتِه ، ورَجَع[3] العَبْدُ بما أدَّاه على سَيِّدِه .

فصل : وإن وَضَع السَّيِّدُ عن العَبْدِ بعضَ نُجومِه ، أو أبْرَأه منه ، واخْتَلفا فى أىِّ النُّجومِ هو ، فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لأنَّهما اخْتَلفا فى فِعْلِه . وإن وَضَع عنه دَرَاهِمَ والكِتابَةُ على دَنانِيرَ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه وَضَع عنه غيرَ ما عليه . فإن قال العَبْدُ : إنَّما أرَدْتَ دَنانِيرَ بقِيمَةِ الدَّراهِمِ . فأنْكَره السَّيِّدُ ، فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ معه ، وهو أعْلَمُ بما عَنَى . وإن أدَّى كِتابَتَه ، فقال

---

(١) فى ف : « بعد » .

(٢) فى م : « التخالف » .

(٣) بعده فى الأصل : « على » .

السَّيِّدُ : أنت حُرٌّ . ثم بانَ مُسْتَحَقًّا ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه قَصد الخَبَرَ بناءً على ظَنِّه ، وقد بانَ خِلافُه . فإن قال العَبْدُ : أَرَدْتَ عِتْقِى . فأنْكَره السَّيِّدُ[1] ، فالقَوْلُ قولُه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بقَصْدِه . وإنِ ادَّعَى العبدُ وَفاءَ الكِتابَةِ ، فأنْكَرَه السَّيِّدُ ، فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لأنَّ [2]الظَّاهِرَ معه ، و[2] الأصْلُ عدَمُ الوَفاءِ . وإن قال السَّيِّدُ[1] : اسْتَوْفَيْتُ . فادَّعَى المُكاتَبُ أنَّه وَفَّاه الجميعَ ، وقال السَّيِّدُ : إنَّما وَفَّيْتَنى البعضَ . فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لأنَّ الاسْتِيفاءَ لا يَقْتَضِى الجميعَ .

فصل : فإن كان للمُكاتَبَةِ وَلَدٌ ، فقالَتْ : وَلَدْتُه فى الكِتابَةِ . وقال السَّيِّدُ : بل قبلَها . فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ ؛ لأنَّه اخْتِلافٌ فى وَقْتِ الكِتابَةِ ، والأصْلُ عدمُها قبلَ الوِلادَةِ . وإن زَوَّج السَّيِّدُ مُكاتَبَه أمَتَه ، فوَلَدَتْ منه ، واشْتَرَى زَوْجَتَه ، فقال السَّيِّدُ : وَلَدَتْه قبلَ الشِّراءِ . وقال المُكاتَبُ : بل بعدَه . احْتَمَل أن تكونَ كالتى قبلَها ، واحْتَمَل أن يكونَ القولُ قولَ العَبْدِ ؛ لأنَّ هذا اخْتِلافٌ فى المِلْكِ ، والظاهِرُ مع العَبْدِ ؛ لأنَّه فى يَدِه ، بخِلافِ التى قبلَها ؛ لأنَّهما[3] لم يَخْتَلِفَا فى المِلْكِ ، إنَّما اخْتَلفَا فى وَقْتِ العَقْدِ .

فصل : فإن أدَّى أحدُ المُكاتَبَيْنِ إلى السَّيِّدِ أو أبْرَأه ، فادَّعَى كلُّ واحدٍ مِن المُكاتَبَيْنِ أنَّه المُؤَدِّى أو المُبْرَأُ ، فالقَوْلُ قولُ السَّيِّدِ فى التَّعْيِينِ ؛ لأنَّه لو

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : ف ، م .

(٣) فى الأصل : « لأنها » .

أنْكَرَهما كان القَوْلُ قَوْلَه ، فإذا أنْكَر أحدَهما ، قُبِل قَوْلُه ، وعليه اليَمِينُ له ، فإن نَكَل ، قُضِى عليه ، وعَتَقَا جميعًا . فإن قال : لا أعْلَمُ أيَّكما المُؤَدِّى ؟ فعليه اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ ، ويُقْرَعُ بَيْنَهما ، فمَن قَرَع صاحِبَه ، حَلَف وعَتَق ، وبَقِى الآخَرُ على الكِتابَةِ ، وكذلك إن مات السَّيِّدُ قبلَ التَّعْيِينِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهما ؛ لأنَّهما تَساوَيا فى احْتِمالِ الحُرِّيَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو أعْتَق أحدَهما وأُنْسِيَه .

فصل : إذا كاتَبَ عَبِيدًا كِتابَةً واحدةً ، فأدَّوْا وعَتَقُوا ، وقال مَن كَثُرَتْ قِيمَتُه : أدَّيْنا على قَدْرِ قِيَمِنا[1] . وقال الآخَرُ : بل أدَّيْنَا على السَّواءِ ، فبَقِيَتْ لَنا على الأكْثَرِ بَقِيَّةٌ . فمَن جَعَل العِوَضَ بَيْنَهم على عدَدِ رُءُوسِهم ، [2]قال : القَوْلُ[2] قَوْلُ مَن ادَّعَى التَّسْوِيَةَ . ومَن جعَل على كُلِّ واحدٍ قَدْرَ حِصَّتِه ، فعندَه فيه[3] وَجْهان ؛ أحدُهما ، القولُ قولُ مَن يَدَّعِى التَّسْوِيَةَ ؛ لأنَّ أيْدِيَهم على المالِ ، فيَتَساوَوْنَ فيه . والثانى ، القَوْلُ قولُ الآخرِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ الإنْسانَ لا يُؤَدِّى إلَّا ما عليه .

فصل : إذا كاتَب رجُلان عَبْدًا بينَهما ، فادَّعَى أنَّه أدَّى إليهما ، فصَدَّقَه أحدُهما ، وأنْكَر الآخَرُ ، عَتَق نَصِيبُ المُقِرِّ ، وحَلَف الآخَرُ ، وبَقِيَتْ حِصَّتُه على الكِتابَةِ ، وله مُطالَبَةُ المُقِرِّ بنِصْفِ ما قَبَض ؛ [٢٧١ظ] لحُصُولِ حقِّه فى يَدِه ، ومُطالَبَةُ المُكاتَبِ بالباقِى ، وله مُطالَبَةُ المُكاتَبِ

---

(١) فى الأصل : « قيمتها » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « فالقول » .
(٣) سقط من : الأصل .

بالجميعِ ؛ لأنَّه لم يَدْفَعْ إليه حقَّه ، ولا إلى وَكِيلِه ، فإذا قَبَضَ ، عَتَق الـمُكاتَبُ . ومِن أيِّهما أخَذ ، لم يَرْجِعْ به المَقْبُوضُ منه على الآخَرِ ؛ لأنَّه يُقِرُّ ببَراءَةِ صاحِبِه ، ويَدَّعِي أنَّ المُنْكِرَ ظَلَمه ، فلا يَرْجِعُ بما ظَلَمَه به على غيرِه .

فإن عَجَز المُكاتَبُ ، عَجَّزه ، ورَقَّ نِصْفُه ، ولم يَسْرِ عِتْقُ الآخَرِ ؛ لأنَّه لا يَعْتَرِفُ برِقِّه[1] ، ولا العبدُ أيضًا ، ولا يَعْتَرِفُ المُنْكِرُ بعِتْقِ شيءٍ منه . وإن شَهِدَ المُصَدِّقُ له ، فقال الخِرَقِيُّ : تُقْبَلُ شَهادَتُه له في العِتْقِ ؛ لأنَّه لا نَفْعَ له فيه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه فيما يَرْجِعُ إلى بَراءَتِه مِن مُشارَكَةِ صاحِبِه . وقِياسُ المَذْهَبِ أنَّه لا تُقْبَلُ شَهادَتُه في العِتْقِ أيضًا ؛ لأنَّ مَن شَهِد بشَهادَةٍ تَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفْعًا ، بطَلَتْ شَهادَتُه في الكلِّ .

وإنِ ادَّعَى المُكاتَبُ دَفْعَ جميعِ المالِ إلى أحَدِهما ليَأْخُذَ نَصِيبَه منه ، ويَدْفَعَ باقِيَه إلى شَرِيكِه ، وقال المُدَّعَى عليه : بل دَفَعْتَ إلى كلٍّ واحِدٍ منّا حقَّه . فهي كالتي قبلَها ، إلَّا أنَّ المُنْكِرَ يأْخُذُ حِصَّتَه بلا يَمِينٍ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِي واحِدٌ منهما دَفْعَ المالِ إليه . وإن قال المُدَّعَى عليه : قَبَضْتُ المالَ ، ودَفَعْتُ إلى شَرِيكِي حِصَّتَه . فأنْكَر شَرِيكُه ، فعليه اليَمِينُ ههُنا ؛ لأنَّه يَدَّعِي التَّسْلِيمَ إليه . فإذا حَلَف ، فله مُطالَبَةُ مَن شاء منهما بجَمِيعِ حقِّه . فإن أخَذ مِن الـمُكاتَبِ ، رَجَع على المُقِرِّ ؛ لأنَّه قَبَض منه ، سَواءٌ صدَّقه المُكاتَبُ في الدَّفْعِ إلى شَرِيكِه أو كَذَّبه ؛ لتَفْرِيطِه في تَرْكِ الإشْهَادِ . فإن حصَل للمُنْكِرِ ما له مِن أحَدِهما ، عَتَق . وإن عَجَز المُكاتَبُ ، فللمُنْكِرِ اسْتِرْقَاقُ نِصْفِه ،

---

(1) في م : « بعتقه » .

والرُّجُوعُ على المُقِرِّ بنِصْفِ ما قَبَضَ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ نِصْفَ كَسْبِه ، ويُقَوَّمُ على المُقِرِّ ؛ لأنَّ رِقَّه[1] كان بسَبَبٍ منه وهو التَّفْرِيطُ[2] .

فصل : وإذا خَلَّف رجلٌ ابْنَيْنِ وعَبْدًا ، فادَّعَى العَبْدُ أنَّ سَيِّدَه كاتَبه ، فأنْكَرَاه ، فالقَوْلُ قَوْلُهما مع أَيْمَانِهما ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ الكِتابَةِ ، ويَحْلِفانِ على نَفْيِ العِلْمِ ؛ لأنَّها يَمِينٌ على فِعْلِ الغَيْرِ . وإن صدَّقه أحدُهما ، أو نَكَل عن اليَمِينِ ، وحَلَف الآخَرُ ، ثَبَتَتِ الكِتابَةُ لِنصْفِه . ومتى أدَّى إلى المُقِرِّ ، عَتَق نَصِيبُه ، ولم يَسْرِ إلى نَصِيبِ شَرِيكِه ؛ لأنَّه لم يُبَاشِرِ العِتْقَ ، ولم يتَسَبَّبْ إليه ، إنَّما هو مُقِرٌّ بما فَعَل أبُوه ، ووَلاءُ[3] نِصْفِه الذى عَتَق للمُقِرِّ ؛ لأنَّه لا يدَّعِيه غيرُه . وإن شَهِد المُقِرُّ على المُنْكِرِ ، فشَهادَتُه مَقْبُولَةٌ إن كان عَدْلًا ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نفْسِه نَفْعًا ، ولا يدْفَعُ ضَرَرًا[4] .

---

(١) فى ف : « عتقه » .

(٢) فى ف : « الكتابة » .

(٣) فى الأصل : « إلا » .

(٤) فى الأصل : « ضرا » .



بابُ حُكمِ أُمَّهاتِ الأوْلادِ

إذا أصابَ الرَّجُلُ أمَتَه، فوَلَدَتْ منه ما يَتَبَيَّنُ فيه[1] بَعْضُ خَلْقِ الإنْسانِ[2]، صارَتْ له أُمَّ وَلَدٍ، تَعْتِقُ بمَوْتِه مِن رأْسِ المالِ؛ لِما روَى ابنُ عَبّاسٍ قال: قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «أيُّما أمَةٍ وَلَدَتْ مِن سَيِّدِها، فَهِىَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْه». رَواه[3] أحمدُ، و[3] ابنُ ماجه[4]. ولأنَّه إتْلافٌ حصَلَ[5] بالاسْتِمْتاعِ، فحُسِبَ[6] مِن رأْسِ المالِ، كإتْلافِ [٢٧٢و] ما يأْكُلُه. فأمَّا إن عَلِقَتْ منه فى غيرِ مِلْكِه، لم تَعْتِقْ عليه، سَواءٌ مَلَكَها حامِلًا أو بعدَ الوَضْعِ؛ لأنَّها عَلِقَتْ بمَمْلُوكٍ، فإذا كان الوَلَدُ مَمْلُوكًا، فأُمُّه أوْلَى. وعنه، إن مَلَكَها حامِلًا، فوَلَدَتْ عندَه، صارَتْ له أُمَّ وَلَدٍ؛ لعُمومِ الخَبَرِ. وقال القاضى: إن لم يَطَأْهَا بعدَ مِلْكِه لها، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له[7]. وكذلك إن

---

(١) فى الأصل: «منه».

(٢) فى ف: «آدمى».

(٣ - ٣) زيادة من: م.

(٤) أخرجه ابن ماجه، فى: باب أمهات الأولاد، من كتاب العتق. سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤١.
والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٣٢٠.

كما أخرجه الدارمى، فى: باب بيع أمهات الأولاد، من كتاب البيوع. سنن الدارمى ٢/ ٢٥٧.

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى ف: «يحسب».

(٧) زيادة من: الأصل.

وَطِئَها بعدَ أن كَمَل للوَلَدِ خَمْسَةُ أشْهُرٍ ؛ لأنَّ الوَطْءَ لا يُؤَثِّرُ فى الوَلَدِ . وإن وَطِئَها فى ابْتِداءِ حَمْلِها أو تَوَسُّطِه ، بعدَ مِلْكِه لها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّ الماءَ يَزِيدُ فى سَمْعِه وبَصَرِه ، وقد قال عمرُ : أبَعْدَ ما اخْتَلَطَتْ دِماؤُكم ودِمَاؤُهُنَّ ، ولحُومُكم ولحُومُهُنَّ ، بِعْتُمُوهُنَّ[1] ! فعَلَّلَ بالاخْتِلاطِ ، وقد وُجِد .

وإن وَلَدَتْ منه فى غيرِ مِلْكِه بنِكاحٍ أو زِنًى ، ثم مَلَكها ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأَنَّ وَلَدَها مَمْلُوكٌ لسَيِّدِ الأمَةِ . ونقَلَ ابنُ أبى موسى أنَّها تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لِما ذكَرْناه . والأوَّلُ المَذْهَبُ .

فصل : فإن أسْقَطَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، فهو كالحَىِّ فى ذلك ؛ لأنَّه وَلَدٌ . وإن أسْقَطَتْ جُزْءًا منه ، كيَدٍ ورِجْلٍ ، فهى أُمُّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه مِن وَلَدٍ . وإن ألْقَتْ نُطْفَةً أو عَلَقَةً ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه ليس بوَلَدٍ . وإن وضَعَتْ ما يَتَحَقَّقُ[2] فيه تَخْطِيطٌ ؛ مِن رَأْسٍ ، أو يَدٍ ، أو رِجْلٍ ، أو عَيْنٍ ، فهو وَلَدٌ . وإن ألْقَتْ مُضْغَةً ، فشَهِدَتْ ثِقَةٌ مِن القَوابِلِ أنَّه تَخطَّطَ ، أو تَصَوَّرَ ، ثَبَتَ أنَّه وَلَدٌ . وإن لم يتَخَطَّطْ وَيَتَصَوَّرْ ، فشَهِدَتْ أنَّه بُدُوُّ خَلْقِ آدَمِىٍّ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه ليس بوَلَدٍ ، أشْبَهَ النُّطْفَةَ . والأُخْرَى ، هى أُمُّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه بُدُوُّ خَلْقِ بَشَرٍ[3] ، أشْبَهَ المُتَخَطِّطَ .

فصل : ويَمْلِكُ الرجلُ اسْتِخْدامَ أُمِّ وَلَدِه ، وإجارَتَها ، ووَطْأَهَا ،

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/ ٢٩٦ ، ٢٩٧ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ٢/ ٦١ .

(٢) فى ف : « تحقق » .

(٣) فى ف : « آدمى » .

وتَزْوِيجَها، وحُكْمُها حُكْمُ الإماءِ فى صَلاتِها وغيرِها؛ لأنَّها باقِيَةٌ على مِلْكِه، إنَّما تَعْتِقُ بعدَ المَوْتِ؛ بدليلِ حديثِ ابنِ عَبّاسٍ[1].

فصل: ولا يَمْلِكُ بَيْعَها، ولا هِبتَها، ولا التَّصرُّفَ فى رَقَبَتِها؛ لِما رَوَى سعيدُ بنُ مَنْصُورٍ[2] بإسْنادِه، عن عَبِيدَةَ قال: خَطَب عَلِىٌّ النَّاسَ، فقال: شاوَرَنِى عُمَرُ فى أُمَّهاتِ الأوْلادِ، فرَأيْتُ أنا وعُمَرُ أن أُعْتِقَهُنَّ، فقَضَى به عُمَرُ حَياتَه، وعُثْمانُ حَياتَه، فلمَّا وَلِيتُ رأيْتُ أن أُرِقَّهُنَّ. قال عَبِيدَةُ: فرَأْىُ عُمَرَ وعَلِىٍّ فى الجماعَةِ أحَبُّ إلينا مِن رَأْىِ علىٍّ وحدَه. ورُوِىَ عنه أنَّه قال: بَعَثَ إلَىَّ علىٌّ، وإلى شُرَيْحٍ، أنِ اقْضُوا كما كُنْتُم تَقْضُونَ، فإنِّى أكْرَهُ الاخْتِلافَ[3]. ورَوَى صالِحٌ عن أحمدَ أنَّه [4]قال: أكْرَهُ[4] بَيْعَهُنَّ، وقد باعَ علىُّ بنُ أبى طالبٍ. قال أبو الخَطَّابِ: فظاهِرُ هذا أنَّه يَصِحُّ البَيْعُ مع الكَراهَةِ. والمَذْهَبُ الأوَّلُ.

فصل: وإن وَلَدَتْ مِن غيرِ سَيِّدِها، فله حُكْمُها، يَعْتِقُ بمَوْتِ سَيِّدِها، سَواءٌ عَتَقَتْ هى[5] أو ماتَتْ قبلَه؛ لأنَّ الاسْتِيلادَ كالعِتْقِ المُنَجَّزِ، ولا يَبْطُلُ الحُكْمُ فيه بمَوْتِها؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ فى حَياتِها، فلم يَسْقُطْ بمَوْتِها، كوَلَدِ المُدَبَّرَةِ.

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٥.

(٢) فى: سننه ٢/ ٦٠، ٦١.

كما أخرجه ابن أبى شيبة، فى: المصنف ٦/ ٤٣٦، ٤٣٧. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٣٤٣.

(٣) أخرجه وكيع، فى: أخبار القضاة ٢/ ٣٩٩.

(٤ - ٤) فى الأصل: «كره».

(٥) سقط من: م.

فصل : وإن أسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ الذِّمِّيِّ ، لم تَعْتِقْ . ونَقَل عنه مُهَنَّا أنَّها تَعْتِقُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ إقْرارُ مِلْكِ كافرٍ على مُسْلِمَةٍ ، ولا سَبِيلَ إلى إزَالَتِه بغيرِ العِتْقِ . وعنه ، أنَّها تُسْتَسْعَى فى قِيمَتِها ، ثم تَعْتِقُ . والمَذْهَبُ الأوَّلُ . قال أبو بكرٍ : الذى تَقْتَضِيه أُصُولُ أبى عبدِ اللَّهِ أنَّها لا تَعْتِقُ ؛ لأنَّه [٢٧٢ظ] سببٌ يَقْتَضِى العِتْقَ بعدَ المَوْتِ ، فلم يَتَنَجَّزْ[1] بالإسْلامِ ، كالتَّدْبِيرِ ، ولكنْ تُزالُ يدُه عنها ، ويُحَالُ بَيْنَه وبَيْنَها ؛ لأنَّ المُسْلِمَةَ لا تَحِلُّ لكافرٍ ، وتُسَلَّمُ إلى امْرَأةٍ ثِقَةٍ ، ونفَقَتُها فى كَسْبِها ، وما فَضَل منه فهو لسَيِّدِها . وإن لم يَفِ بنَفَقَتِها ، فعلى سَيِّدِها تَمامُها فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ . وهو قَوْلُ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه . والثانيةُ ، لا يَلْزَمُه ذلك ؛ لأنَّه مُنِع الانْتِفاعَ بها . فإن أسْلَم ، حَلَّتْ له[2] ، وإن مات عَتَقَتْ .

فصل : وإن جَنَتْ ، لَزِم سَيِّدَها فِداؤُها ؛ لأنَّه مُنِع مِن بَيْعِها بالإحْبالِ ، ولم تَبْلُغْ حالًا تتعلَّقُ بذِمَّتِها ، فأشْبَهَ ما لو امْتنَع مِن تَسْليمِ عَبْدِه القِنِّ ، ويَفْدِيها بأقَلِّ الأمْرَيْنِ مِن قِيمَتِها أو أَرْشِ جِنايَتِها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ بَيْعُها . وعنه ، يَفْدِيها بأَرْشِ جِنايَتِها بالِغَةً ما بلَغَتْ . حكَاها أبو بكرٍ ؛ لأنَّه مُمْتَنِعٌ[3] مِن تَسْلِيمِها . فإن عادَتْ فجَنَتْ ، فدَاها كما وصَفْتُ ؛ لأنَّ المُوجِبَ لفِدَائِها وُجِد فى الثانيةِ كوُجُودِه فى الأُولَى ، فوَجَب اسْتِوَاؤُهما فى الفِدَاءِ ، لاسْتِوَائِهما فى مُقْتَضِيه .

---

(١) فى م : « يتجزأ » .

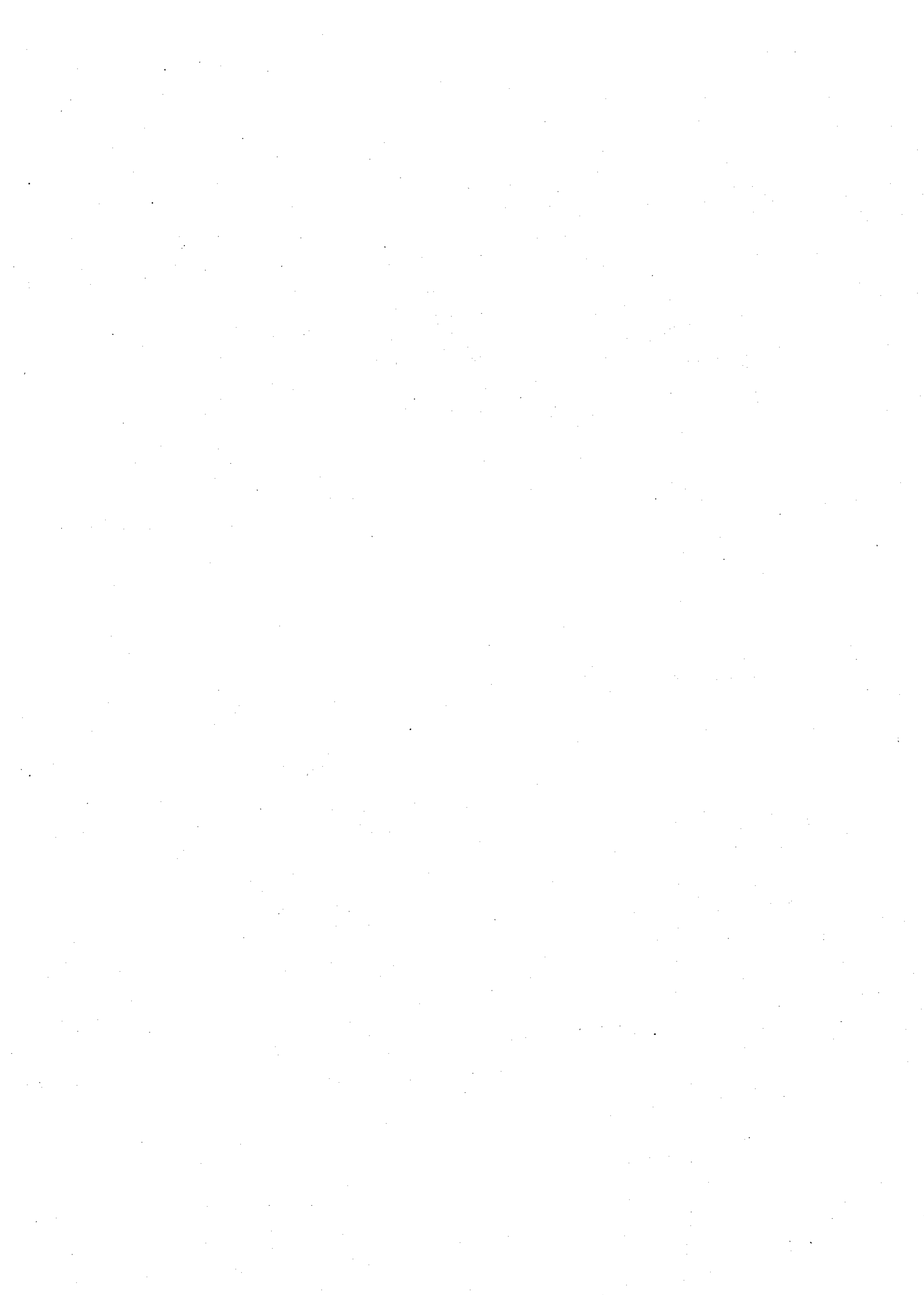
(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « ممنوع » .

فصل : وإن جَنَتْ أُمُّ الوَلَدِ على سَيِّدِها فيما دُونَ النَّفْسِ ، فهى كجِنايَةِ القِنِّ سَواءً ، وإن قَتَلَتْه ، عَتَقَتْ ؛ لأَنَّه زالَ مِلكُه بمَوْتِه ، ولا يُمْكِنُ نَقْلُ المِلْكِ . فإن كانَتْ جِنايَتُها عَمْدًا ، فللأَوْلِياءِ القِصاصُ منها ، وإن كانتْ غيرَ مُوجِبَةٍ (1)للقِصَاصِ ، أو مُوجِبَةً(1) له فسقَطَ بالعَفْوِ ، فعليها قِيمَةُ نَفْسِها ؛ لأَنَّها جِنايَةُ أُمِّ وَلَدٍ ، فلم يَجِبْ بها(2) أَكْثَرُ مِن قِيمَتِها ، كالجِنايَةِ على الأَجْنَبِيِّ . وإن وَرِث ولَدُها شيئًا مِن القِصَاصِ الواجِبِ عليها ، سَقَط كلُّه ؛ لأَنَّه لا يتَبَعَّضُ ، وصار الأَمْرُ إلى القِيمَةِ .

(1 - 1) سقط من : م .

(2) سقط من : م .



كِتابُ النكاحِ

النِّكاحُ مَشْرُوعٌ ، أَمَرَ اللَّهُ تعالى به ورسولُه ، فقال اللَّهُ سبحانه وتعالى :﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[(١)] . وقال سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾[(٢)] . وقال النبيُّ ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّه أَغَضُّ لِلْبَصَرِ ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ ، ومَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ » . وقال النبيُّ ﷺ : « إِنِّى أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِى فَلَيْسَ مِنِّى » . وقال سَعْدُ بنُ أبى وَقَّاصٍ : لقد رَدَّ النبيُّ ﷺ على عُثْمانَ بنِ مَظْعُونٍ التَّبَتُّلَ ، ولو أحَلَّه له[(٣)] لَاخْتَصَيْنَا . مُتَّفَقٌ عليها[(٤)] . والتَّبَتُّلُ تَرْكُ النِّكاحِ .

---

(١) سورة النساء ٣.

(٢) سورة النور ٣٢.

(٣) سقط من : الأصل.

(٤) فى ف : « عليهن » .

والحديث الأول أخرجه البخارى ، فى : باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ، من كتاب الصوم ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ...، وباب من لم يستطع الباءة فليصم ، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٣/ ٣٤، ٧/ ٣. ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ...، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢/ ١٠١٨، ١٠١٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحريض على النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى فضل التزويج والحث عليه ، من أبواب النكاح .=

وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنَّ النِّكاحَ واجِبٌ . اختارَه أبو بكرٍ ؛ لظاهِرِ هذه النُّصوصِ . وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه لا يَجِبُ إلَّا على مَن يَخافُ بتَرْكِه مُواقَعَةَ[1] المَحْظُورِ ، فيَلْزَمُه النِّكاحُ ؛ لأنَّه يَجِبُ عليه اجْتِنابُ المَحْظُورِ ، وطريقُه النِّكاحُ ، ولا يَجِبُ على غيرِه ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ . ولو وَجَب لم يُعَلِّقْه على الاسْتِطابَةِ[2] .

= عارضة الأحوذى ٤/ ٣٠٠، ٣٠١. والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبى يعقوب ...، من كتاب الصيام. المجتبى ٤/ ١٤١. وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى فضل النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٢. والدارمى ، فى : باب من كان عنده طول فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣٧٨، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٣٢، ٤٤٧.

والحديث الثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الترغيب فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٢. ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٠.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٥٠. والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢٤١، ٢٥٩، ٢٨٥.

والحديث الثالث أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من التبتل والخصاء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٥. ومسلم ، فى : الموضع السابق .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/ ٣٠٥. والنسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٤٨. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن التبتل من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٣. والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ١٧٦، ١٨٣.

(١) فى ف : « موافقة » .

(٢) فى ف : « الاستطاعة » .

والاشْتِغالُ به أفْضَلُ مِن [٢٧٣و] التَّخَلِّى للعِبادَةِ ؛ لظاهِرِ الأخْبارِ ، فإنَّ أقَلَّ أحْوالِها النَّدْبُ إلى النِّكاحِ ، والكَراهَةُ لتَرْكِه ، إلَّا أن يكونَ مِمَّن[1] لا شَهْوَةَ له ؛ كالعِنِّينِ ، والشَّيْخِ الكبيرِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، النِّكاحُ له أفْضَلُ ؛ لدُخولِه فى عُمومِ الأخبارِ . والثانى ، تَرْكُه أفْضَلُ ؛ لأنَّه لا[2] يحْصُلُ منه مَصْلحَةُ النِّكاحِ ، ويَمْنَعُ زَوْجَتَه مِن التَّحَصُّنِ بغيرِه ، ويُلْزِمُ نفسَه واجِبَاتٍ وحُقُوقًا لعَلَّه يعْجِزُ عنها .

فصل : ولا يَصِحُّ إلَّا[2] مِن جائزِ التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فأشْبَهَ البَيْعَ .

ولا يَصِحُّ نِكاحُ العَبْدِ بغيرِ إذْنِ مَوْلاه[3] ؛ لِما روَى جابرٌ[4] قال : قال[4] رسولُ اللَّهِ ﷺ[5] : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوْلَاهُ ، فَهُوَ عَاهِرٌ » . روَاه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ[6] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولأنَّه يَنْقُصُ قِيمَتَه ، ويُوجِبُ

---

(١) فى الأصل : « مما » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى ف : « سيده » .
(٤ - ٤) فى الأصل : « أن » .
(٥) بعده فى الأصل : « قال » .
(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى نكاح العبد بغير إذن سيده ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٣١ .
كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٠١ ، ٣٧٧ .
وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٠ .

المَهْرَ والنَّفقةَ ، وفيه ضررٌ على سَيِّدِه ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِه ، كبَيْعِه . وعنه ، أنَّه يَصِحُّ ويَقِفُ على إجازَةِ مَوْلاه ؛ بِناءً على تَصرُّفاتِ الفُضُولِيِّ[1] . ويَجُوزُ نِكاحُه بإذْنِ مَوْلاه ؛ لدَلالَةِ الحديثِ ، ولأنَّ المَنْعَ لحَقِّه ، فزال بإذْنِه .

فصل : ومَن أرادَ نِكاحَ امرأةٍ ، فله النَّظَرُ إليها ؛ لِما روَى جابِرٌ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إذا خَطَبَ أحدُكُمُ المَرْأَةَ ، فإنِ اسْتَطَاعَ أنْ يَنْظُرَ منها إلى ما يَدْعُوه إلى نِكاحِها ، فَلْيَفْعَلْ » . رَواه أبو داودَ[2] . ويَنْظُرُ إلى الوَجْهِ ؛ لأنَّه مَجْمَعُ المَحاسِنِ ، ومَوْضِعُ النَّظَرِ ، وليس بعَوْرَةٍ . وفى النَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ عادَةً ، مِن الكَفَّيْنِ والقدَمَيْن ونحوِهما رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يُباحُ ؛ لأنَّه يَظْهَرُ عادَةً ، أشْبَهَ الوَجْهَ . والثانيةُ ، لا يُباحُ ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ ، أشْبَهَ ما لا يَظْهَرُ . ولا يجوزُ النَّظَرُ إلى ما لا يَظْهَرُ عادةً ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ لا[3] حاجَةَ إلى نَظَرِه .

ويجوزُ النَّظَرُ إليها بإذْنِها وغيرِ[4] إذْنِها ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أطْلَقَ النَّظَرَ ، فلا يَجُوزُ تَقْييدُه ، وفى حديثِ جابرٍ قال : فخَطَبْتُ امرأةً ، فكنتُ أتَخَبَّأُ لها حتى رأيْتُ منها ما دَعانِى إلى نِكاحِها ، فتزَوَّجْتُها[5] .

---

(١) الفضولى : من ليس وليا ولا وصيا ولا أصيلا ولا وكيلا .

(٢) بعده فى ف : « وأحمد ، والترمذى ، وقال : حديث حسن » .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٠.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٣٤، ٣٦٠.

(٣) فى م : « ولا » .

(٤) فى م : « بغير » .

(٥) هو الحديث المتقدم فى حاشية ٢.

وليس له الخَلْوَةُ بها ؛ لأنَّ الخبَرَ إنَّما وَرَد بالنَّظَرِ ، فبَقِيَتِ الخَلْوَةُ على أصْلِ التَّحْرِيمِ .

ويجوزُ لِمَن أرادَ شِراءَ جارِيَةٍ النَّظَرُ منها إلى ما عَدَا عَوْرَتَها ؛ للحاجةِ إلى مَعْرِفَتِها . ويجوزُ للرجلِ النَّظَرُ إلى وَجْهِ مَن يُعامِلُها ؛ لحاجَتِه إلى مَعْرِفَتِها ، للمُطالَبَةِ بحُقُوقِ العَقْدِ . ويجوزُ له[1] ذلك عندَ الشَّهادَةِ ؛ للحاجَةِ إلى مَعْرِفَتِها ، للتَّحمُّلِ والأداءِ . ويجوزُ للطَّبِيبِ النَّظَرُ إلى ما تَدْعُو الحاجَةُ إلى مُداواتِه مِن بدنِها حتى الفَرْجِ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ ، فأَشْبَهَ الحاجةَ إلى الخِتانِ .

فصل : وله أن يَنْظُرَ مِن ذَواتِ[2] مَحارِمِه إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ كالرَّأْسِ ، والرَّقَبَةِ ، والكَفَّيْن ، والقَدَمَيْن ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ءَابَآئِهِنَّ أَوْ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الآية[3] . وقال سبحانه وتعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِىٓ ءَابَآئِهِنَّ ﴾ . الآية[4] .

وذواتُ[5] المحْرَمِ مَن يَحْرُمُ نِكاحُها[6] على التَّأْبِيدِ ، بنَسَبٍ ، أو سبَبٍ مُباحٍ ، كأُمِّ الزَّوْجَةِ وابْنَتِها . فأمَّا أُمُّ المَزْنِيِّ بها ، والمَوْطُوءَةُ بشُبْهَةٍ وبِنْتُها ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : « ذات » .

(٣) سقط من : م .

والآية من سورة النور ٣١.

(٤) سقط من : م .

والآية من سورة الأحزاب ٥٥.

(٥) في م : « ذات » .

(٦) في م : « عليه » .

فلا يُباحُ النَّظَرُ إليها ؛ لأنَّها حَرُمَتْ بسَبَبٍ غيرِ مُباحٍ ، فلا تَلْحَقُ بذَواتِ الأنْسابِ .

وأمَّا عبدُ المرأةِ ، فليس بمَحْرَمٍ لها ؛ لأنَّها لا تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ ، لكنْ يُباحُ له النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ منها غالبًا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾[1] . ورَوَت أُمُّ سَلَمَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ [٢٧٣ظ] قال : « إِذَا كَانَ لإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فَمَلَكَ مَايُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[2] . قال[3] التِّرمِذِيُّ : هذا[4] حديثٌ صحيحٌ . وفيه دَلالَةٌ على أنَّها لا تَحْتَجِبُ منه قبلَ ذلك . ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ؛ لحاجَتِها [5]إلى خِدْمَتِه[5] ، فأشْبَهَ ذا المَحْرَمِ .

فصل : ومَن لا تَمْيِيزَ له مِن الأطفالِ ، لا يَجِبُ التَّسَتُّرُ منه فى شىءٍ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾[1] . وفى المُمَيِّزِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، هو كالبالغِ ؛ لهذه الآيةِ . والثانيةُ ، هو كذى المَحْرَمِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾ . إلى قولِه تعالى : ﴿ لَيْسَ

---

(١) سورة النور ٣١.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٨.

(٣) فى م : « رواه » .

(٤) فى م : « وقال » .

(٥ - ٥) فى ف : « إلى خدمتها » ، وفى م : « لخدمته » .

عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ ﴾[1] . ثم قال تعالى ذِكْرُه : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْۚ ﴾[2] . ففرَّق بَيْنَه وبينَ البالغِ .

وحُكْمُ الطِّفْلَةِ التى لا تَصلُحُ للنِّكاحِ مع الرِّجالِ حُكْمُ الطِّفْلِ مع النِّساءِ ، والتى صَلَحت للنِّكاحِ كالمُميِّزِ مِن الأطفالِ ؛ لِما روَى أبو بكرٍ[3] بإسنادِه ، أنَّ أسْماءَ بِنْتَ أبى بكرٍ دَخَلَتْ على النبىِّ ﷺ فى ثِيابٍ رِقاقٍ ، فأعْرَضَ عنها ، وقال : « يا أَسْماءُ ، إنَّ المرْأَةَ إذا بَلَغَتِ المَحِيضَ لم يَصْلُحْ أنْ يُرَى مِنْهَا إلَّا هَذَا وهَذَا » . وأشار إلى وَجْهِه وكَفَّيْهِ .

فصل : والعَجُوزُ التى لا يُشْتَهَى مِثْلُها يُباحُ النَّظَرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَن يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَٰتٍۭ بِزِينَةٍۖ ﴾[4] . قال ابنُ عباسٍ : اسْتَثْناهُنَّ اللَّهُ تعالى مِن قولِه تعالى : ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ ﴾[5] . ولأنَّ ما حَرُم النَّظَرُ لأجْلِه مَعْدُومٌ فى حقِّها ، فأشْبَهَتْ

---

(1) سورة النور ٥٨.

(2) سورة النور ٥٩.

(3) وأخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/ ٣٨٣. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٨٦.

(4) سورة النور ٦٠.

(5) سورة النور ٣١.

والأثر أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قوله تعالى : ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/ ٣٨٤.

ذَواتِ المَحارِمِ . وفى مَعْناها الشَّوْهَاءُ التى لا تُشْتَهَى[1] .

ومَن ذَهَبَتْ شَهْوَتُه مِن الرِّجالِ ؛ لكِبَرٍ ، أو مَرَضٍ ، أو تَخْنِيثٍ ، فحُكْمُه حكمُ ذى المَحْرَمِ فى النَّظَرِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ أَوِ ٱلتَّـٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ ﴾[2] . أى[3] الذى لا أَرَبَ له فى النِّساءِ . كذلك فَسَّرَه مُجاهِدٌ[4] ، وقَتَادَةُ . ونحوُه عن ابنِ عباسٍ[4] ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . قالَتْ عائشةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها : دخَلَ عَلَى أَزْوَاجِ رسولِ اللَّهِ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فكانُوا يَعُدُّونَه مِن غيرِ أُولِى الإِرْبَةِ ، فدخَلَ علينا النبىُّ ﷺ وهو يَنْعَتُ امرأةً[5] إذا أَقْبَلَتْ أَقْبَلَتْ بأَرْبَعٍ ، وإذا أَدْبَرَتْ أَدْبَرَتْ بثَمانٍ . فقالَ النبىُّ ﷺ : « أَلَا[6] أَرَى هَذَا يَعْلَمُ مَا هَـٰهُنَا ؟ لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُنَّ[7] هذا » . فحَجَبُوه[8] . رَواه أبو داودَ[9] . فأجازَ دُخولَه عليْهِنَّ حينَ عَدَّه مِن غيرِ أُولِى الإِرْبَةِ ، فلمَّا عَلِم

(١) فى ف : « يشتهى مثلها » .

(٢) سورة النور ٣١.

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) انظر تفسير ابن جرير ١٨/ ١٢٢، ١٢٣.

(٥) بعده فى م : « قال » .

(٦) فى الأصل : « لا » .

(٧) فى م : « عليكم » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/ ٣٨٣.

كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة الطائف فى شوال ...، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥/ ١٩٨. ومسلم ، فى : باب منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤/ ١٧١٦. وابن ماجه ، فى : باب فى المخنثين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٣. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المؤنث من الرجال ...، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/ ٧٦٧.والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ١٥٢، ٢٩٠.

ذلك منه ، حَجَبه .

فصل : ويُباحُ لكلِّ واحِدٍ مِن الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ صاحبِه ولمسُه ، وكذلك السَّيِّدُ مع أمَتِه المُباحَةِ له ؛ لأنَّه أُبِيح له الاسْتِمْتاعُ به ، فأُبِيح له النَّظَرُ إليه ، كالوَجْهِ . ورَوَى بَهْزُ بنُ حَكِيمٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : قلتُ : يارسولَ اللَّهِ ، عَوْراتُنا ما نأْتِي منها[1] وما نَذَرُ؟ قال : « احْفَظْ عَوْرَتَكَ إلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ أوْ ما [٢٧٤و] مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رَواه النَّسائىُّ[2] . ويُكْرَهُ النَّظَرُ إلى الفَرْجِ .

فإن زَوَّج أمتَه ، حَرُم عليه[3] النَّظَرُ منها إلى ما بيـنَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ ؛ لِما رَوَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا زَوَّج أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ[4] عَبْدَه أو أَجِيرَهُ ، فلا يَنْظُرْ إِلَى ما دُونَ السُّرَّةِ وَ[5] فَوْقَ الرُّكْبَةِ ، فَإِنَّهُ عَوْرَةٌ » . رَواه أبو داوُدَ[6] .

---

(١) فى م : « منا » .

(٢) فى : باب نظر المرأة إلى عورة زوجها ، من كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٥/ ٣١٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب [ما جاء] فى التعرى ، من كتاب الحمام . سنن أبى داود ٢/ ٣٦٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى حفظ العورة ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠/ ٢٢٣، ٢٣٨. وابن ماجه ، فى : باب التستر عند النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٣، ٤.

وروى البخارى طرفه : « اللَّه أحق أن يستحيى منه من الناس » . فى : باب من اغتسل عريانا وحده فى الخلوة ....، من كتاب الغسل (الترجمة) . صحيح البخارى ١/ ٧٨.

(٣) سقط من : م .

(٤) أى : أمته . وفى رواية: « خادمته » . انظر : عون المعبود ٤/ ١٠٩.

(٥) فى الأصل : « وما » .

(٦) تقدم تخريجه فى ١/ ١١٢.

فصل : فأمَّا الرجلُ مع الرجلِ ، فلكلٍّ واحدٍ منهما النَّظَرُ مِن صاحبِه إلى[1] ما ليس بعَوْرَةٍ ؛ لأنَّ تَخْصِيصَ العَوْرَةِ بالنَّهْيِ دَلِيلٌ على إباحَةِ النَّظَرِ إلى غيرِها .

ويُكْرَهُ النَّظَرُ إلى الغُلامِ الجميلِ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ الفِتْنَةَ بالنَّظَرِ إليه .

والمرأةُ مع المرأةِ كالرجلِ مع الرجلِ . والمُسْلِمَةُ مع الكافِرَةِ كالمُسْلِمَين[2] ، كما أنَّ المُسْلِمَ مع الكافِرِ كالمُسْلِمَيْن . وعنه ، أنَّ المُسْلِمَةَ لا تَكْشِفُ قِنَاعَها عندَ الذِّمِّيَّةِ ، ولا تَدْخُلُ معها الحَمَّامَ ؛ لقَوْلِه تعالى : ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾[3] . فتَخْصِيصُهُنَّ بالذِّكْرِ يدُلُّ على اخْتِصاصِهِنَّ بذلك .

فصل : وفى نَظَرِ المرأةِ إلى الرجلِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَحْرُمُ عليها مِن ذلك ما يَحْرُمُ عليه منها[4] ؛ لِما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ قالَتْ : كنتُ قاعِدَةً عندَ النبيِّ ﷺ أنا وحَفْصَةُ ، فاسْتَأْذَنَ ابنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فقلتُ : يارسولَ اللَّهِ ، ضَرِيرٌ لا يُبْصِرُ . قال : « أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُما لا[5] تُبْصِرَانِه ؟ »[6] . أخْرجَه أبو داودَ ، والنَّسائيُّ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « كالمسلمتين » .

(٣) سورة النور ٣١.

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « ألا » .

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/ ٣٨٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى احتجاب النساء من الرجال ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠/ ٢٣٠. والنسائى ، فى : باب نظر النساء إلى الأعمى ، من=

(1 والتِّرْمِذِىُّ 1)، وقال التِّرْمِذِىُّ[2] : هذا[3] حديثٌ صحيحٌ . والثانيةُ ، يجوزُ لها النَّظَرُ منه إلى ما ليس بعَوْرَةٍ ؛ لِما رَوَتْ فاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ أنَّ النبىَّ ﷺ قال لها : « اعْتَدِّى فى بَيْتِ ابنِ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَإِنَّه رَجُلٌ أَعْمَى ، تَضَعِينَ ثِيَابَكِ فَلَا يَرَاكِ » . وقالَتْ عائشةُ : كانَ رسولُ اللَّهِ ﷺ يَسْتُرُنِى بِرِدَائِه وأنا أَنْظُرُ إلى الحَبَشَةِ يلْعَبُونَ فى المسجدِ . مُتَّفَقٌ عليهما[4] . وهذا أَصَحُّ . وحديثُ أُمِّ سَلَمَةَ يَحْتَمِلُ أنَّه خاصٌّ لأَزْواجِ النبىِّ ﷺ ، وإنْ قُدِّرَ عُمومُه ، فهذه الأَحاديثُ أَصَحُّ منه ، فتَقْدِيمُها أَوْلَى .

وكلُّ مَن أُبِيحَ له النَّظَرُ إلى مَن[5] لا يَحِلُّ له الاسْتِمْتَاعُ به ، لم يَجُزْ له ذلك لشَهْوَةٍ وتلَذُّذٍ ؛ لأنَّه داعِيَةٌ إلى الفِتْنَةِ .

= كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٥/ ٣٩٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٩٦.

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢) فى ف ، م : « النسائى » .

(٣) سقط من : م .

(٤) الحديث الأول تقدم تخريجه فى ٣/ ٣٩. وليس عند البخارى .

والحديث الثانى أخرجه البخارى ، فى : باب أصحاب الحراب فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب الحراب والدروق يوم العيد ، وباب إذا فاته العيد يصلى ركعتين ، من كتاب العيدين ،وفى : باب قصة الحبش وقول النبى ﷺ : يا بنى أرفدة . من كتاب المناقب ، وفى : باب نظر المرأه إلى الحبش ....، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١/ ١٢٣، ٢/ ٢٠، ٢٩، ٤/ ٢٢٥، ٧/ ٤٨، ٤٩. ومسلم ، فى : باب الرخصة فى اللعب الذى لا معصية فيه ....، من كتاب العيدين . صحيح مسلم ٢/٦٠٧ - ٦١٠.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الاستماع إلى الغناء وضرب الدف يوم العيد ، من كتاب العيدين . المجتبى ٤/ ١٦٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٨٤، ٨٥، ١٦٦، ٢٤٧، ٢٧٠.

(٥) فى الأصل : « ما » .



بابُ شَرائِطِ النِّكاحِ

وهى خَمْسَةٌ؛ أحدُها، الوَلِىُّ، فإن عقَدَتْه المرأةُ لنَفْسِها أو لغيرِها، بإذْنِ وَلِيِّها أو بغيرِ إذْنِه، لم يَصِحَّ؛ لِما روَتْ عائشةُ أنَّ النبىَّ ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِىٍّ»[1]. قال أحمدُ ويَحْيَى[2]: هذا حديثٌ صحيحٌ. وقد رُوِىَ عن أحمدَ[3] أنَّ للمرأةِ تَزْوِيجَ مُعْتَقَتِها[4]. فيُخَرَّجُ مِن هذا صِحَّةُ تَزْوِيجِها لنَفْسِها[5] بإذْنِ وَلِيِّها، وتَزْوِيجِ غيرِها بالوَكالَةِ؛ لِما رَوَتْ عائشةُ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا باطِلٌ [6]باطِلٌ باطِلٌ[6]، فَإِنْ أَصَابَها، فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، فَإِنِ اشْتَجَرُوا، فالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَن لا وَلِىَّ لَهُ». رَواه أبو داودَ، والتِّرْمِذِىُّ[7]. فمفهومُه صِحَّتُه بإذْنِه، ولأنَّ المَنْعَ لحقِّه، فجازَ [٢٧٤ظ]

(١) أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٢٦٠.

(٢) يحيى بن معين بن عون البغدادى، أبو زكريا، الإمام الحافظ الجهبذ، شيخ المحدثين، توفى سنة ثلاث وثلاثين ومائتين. انظر ترجمة حافلة له فى: سير أعلام النبلاء ١١/٧١ - ٩٦.

(٣) بعده فى ف: «ما يدل على».

(٤) فى النسخ: «معتقها». والمثبت كما فى المقنع والشرح الكبير والإنصاف ٢٠/ ١٥٨. وانظر المغنى ٩/ ٣٧٢.

(٥) سقط من: الأصل.

(٦ - ٦) فى الأصل: «باطل»، وفى م: «فنكاحها باطل فنكاحها باطل».

(٧) أخرجه أبو داود، فى: باب الولى، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٨١. والترمذى، فى: باب ما جاء لا نكاح إلا بولى، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٥/ ١٣. =

بإذْنِه ، كنِكاحِ العَبْدِ . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لعُمومِ الخَبَرِ الأوَّلِ ، ولأنَّ المرأةَ غيرُ مَأْمُونَةٍ على البُضْعِ ؛ (١) لنَقْصِ عَقْلِها (١) ، وسُرْعَةِ انْخِداعِها ، فلم يَجُزْ تَفْويضُه إليها ، كالمُبَذِّرِ فى المالِ ، بخِلافِ العَبْدِ ، فإنَّ المَنْعَ لحقِّ المَوْلَى خاصَّةً ، وإنَّما ذَكَر تَزْوِيجَها بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ؛ لأنَّه الغالِبُ ، إذْ لو رَضِىَ لكان هو المُباشِرَ له دُونَها .

فصل : فإن تزوَّج بغيرِ [٢] وَلِىٍّ ، فالنِّكاحُ فاسِدٌ ، لا يَحِلُّ الوَطْءُ فيه ، وعليه فِراقُها . فإن وَطِئَ [٣] ، فلا حَدَّ عليه فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه وَطْءٌ مُخْتَلَفٌ فى حِلِّه ، فلم يَجِبْ به حَدٌّ ، كوَطْءِ التى تزَوَّجها فى عِدَّةِ أُخْتِها . وذُكِر عن ابنِ حامِدٍ أنَّه أوْجَب به الحَدَّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى نِكاحٍ مَنْصُوصٍ على بُطْلانِه ، أشْبَهَ ما لو تَزَوَّج ذاتَ زَوْجٍ .

وإن حَكَم بصِحَّةِ هذا العَقْدِ حاكِمٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ نَقْضُه ؛ لأنَّه حُكْمٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، فأشْبَهَ الشُّفْعَةَ للجَارِ . والثانى ، يُنْقَضُ ؛ لأنَّه خالَف النَّصَّ .

فصل : فإن كانَتْ أمَةً ، فوَلِيُّها سَيِّدُها ؛ لأنَّه عَقْدٌ على نَفْعِها ، فكان إلى سَيِّدِها ، كإجارَتِها . فإن كان لها سَيِّدان ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُها إلَّا

= كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٥. والدارمى ، فى : باب النهى عن النكاح بغير ولى ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٧، ٦٦، ١٦٦.

(١ - ١) فى ف : « لنقصها » .

(٢) بعده فى م : « إذن » .

(٣) فى الأصل : « وطئها » .

بإذْنِهما . وإن كانَتْ سَيِّدَتُها امرأةً ، فوَلِيُّها وَلِىُّ سَيِّدَتِها ، يُزَوِّجُها بإذْنِ سَيِّدَتِها ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فيها ، فلم يَجُزْ بغيرِ إذْنِها[1] ، كبَيْعِها . وعنه رِوايَةٌ ثانيةٌ[2] ، أنَّ مَوْلَاتَها تأْذَنُ لرجلٍ فيُزَوِّجُها ؛ لأنَّ سببَ الوِلايَةِ المِلْكُ ، وقد تحَقَّق فى المرأةِ ، وامْتنَعَتِ المُباشَرَةُ لنَقْصِ الأُنُوثَةِ ، فكانَ لها التَّوْكِيلُ ، كالوَلِىِّ الغائبِ . ونُقِل عنه أنَّه قيل له : هل تُزَوِّجُ المرأةُ أمَتَها ؟ قال : قد[3] قِيل ذلك ، هى مالُها . وهذا يَحْتَمِلُ رِوايَةً ثالثَةً .

فإن كانَتْ سَيِّدَتُها غيرَ رَشِيدَةٍ ، أو كانَتْ لغُلامٍ أو لمجْنُونٍ ، فوَلِيُّها مَن يَلِى مالَهم ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ فى نَفْعِها[4] ، أَشْبَهَ إجارَتَها .

فصل : وإن كانت حُرَّةً ، فأَوْلَى الناسِ بها أبوها ؛ لأنَّه أشْفَقُ عَصَباتِها ، ويَلِى مالَها عندَ عَدَمِ رُشْدِها . ثم الجَدُّ أبو الأبِ وإن عَلا ؛ لأنَّه أبٌ . وعنه ، الابنُ يُقَدَّمُ على الجَدِّ ؛ لأنَّه أقْوَى تَعْصِيبًا منه . وعنه ، أنَّ الأخَ يُقَدَّمُ على الجَدِّ ؛ لأنَّه يُدْلِى ببُنُوَّةِ الأبِ ، والبُنُوَّةُ أقْوَى . وعنه ، أنَّ الجَدَّ والأخَ سَواءٌ ؛ لاسْتِوائِهما فى الإرْثِ بالتَّعْصِيبِ . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ للجَدِّ إيلادًا وتَعْصِيبًا ، فقُدِّم عليهما ، كالأبِ ، ولأنَّه لا يُقَادُ بهما[5] ، ولا يُقْطَعُ بسَرِقَةِ مالِهما[6] ، بخِلَافِهما . ثم ابنُها ، ثم ابنُه وإن نَزَل ؛ لأنَّه

---

(١) فى م : « إذنه » .

(٢) فى م : « أخرى » .

(٣) فى الأصل : « فلو » .

(٤) فى م : « بضعها » .

(٥) فى م : « بها » .

(٦) فى م : « مالها » .

عَدْلٌ مِن عَصَباتِها ، فيَلِى نِكاحَها ، كابْنِها[1] ، وقُدِّم على سائرِ العَصَباتِ ؛ لأنَّه أقْرَبُهم[2] نَسَبًا ، وأقْواهُم تَعْصِيبًا ، فقُدِّم ، كالأبِ . ثم الأخُ ، ثم ابْنُه ، ثم العَمُّ ، ثم ابْنُه ، ثم الأقْرَبُ فالأقْرَبُ مِن عَصَباتِها على تَرْتِيبِهم فى المِيرَاثِ ؛ لأنَّ الوِلايَةَ لدَفْعِ العارِ عن النَّسَبِ ، والنَّسَبُ فى العَصَباتِ . وقُدِّم الأقْرَبُ فالأقْرَبُ لأنَّه أقْوَى ، فقُدِّم ، كتَقْديمِه فى الإرْثِ ، ولأنَّه أشْفَقُ ، فقُدِّمَ ، كالأبِ .

فإذا انْقَرض العَصَبةُ مِن النَّسَبِ ، فوَلِيُّها المَوْلَى المُعْتِقُ ، ثم عَصَباتُه[3] الأقْرَبُ فالأقربُ ، ثم [4]مَوْلَى المَوْلَى[4] ، ثم عصَباتُه ؛ لأنَّ الوَلاءَ كالنَّسَبِ فى التَّعْصِيبِ ، فكان مثلَه فى التَّزْويجِ . ويُقَدَّمُ ابنُ المَوْلَى على أبيه[5] ؛ لأنَّه أقْوَى تَعْصِيبًا ، وإنَّما قُدِّم الأبُ المُناسِبُ لزِيادَةِ شفَقَتِه[6] ، وتَحْكِيمِ[7] [٢٧٥و] الأصْلِ على فَرْعِه ، وهذا مَعْدُومٌ فى أبى المَوْلَى ، فرُجِع فيه إلى الأصْلِ .

وإذا كان المُعْتِقُ امرأةً ، فوَلِىُّ مَوْلاتِها أقْرَبُ عَصَباتِها ؛ لأنَّه[8] لمَّا لم

---

(١) فى الأصل : « كأبيها » .

(٢) فى الأصل : « أقرب » .

(٣) بعده فى ف : « ثم » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « موالى الموالى » .

(٥) فى م : « ابنه » .

(٦) فى ف : « نفقته » .

(٧) فى م : « تحكم » .

(٨) فى ف : « لأنها » .

يُمْكِنْها مُباشَرَةُ نِكاحِها ، كانت كالمَعْدُومَةِ . وعنه ، أنَّها تُوَلِّى رجلًا يُزَوِّجُها[1] ؛ لِما ذكَرْنا فى أمَتِها .

ثم السُّلْطانُ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « فَإِنِ اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ »[2] .

فصل : فإنِ اسْتَوَى اثْنانِ فى الدَّرجةِ ، وأحدُهما مِن أبوَيْن والآخَرُ مِن أبٍ ، كالأخَوَيْن والعَمَّيْن ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يُقَدَّمُ ذو الأبوَيْن . اختارَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّه حقٌّ يُسْتَفادُ بالتَّعْصِيبِ ، فأَشْبَهَ المِيراثَ بالوَلاءِ . والثانيةُ ، هما سَواءٌ . اخْتارَها الخِرَقِىُّ ؛ لأنَّ الوِلايَةَ بقَرابَةِ الأبِ ، وهما سَواءٌ فيها . فإن كانا ابْنَىْ عَمٍّ أحدُهما أخٌ لأُمٍّ ، فذَكَرَ القاضى أنَّهما كذلك . والصَّحيحُ أنَّ الأُخُوَّةَ لا تُؤَثِّرُ فى التَّقْديمِ ؛ لاسْتِوائِهما فى التَّعْصِيبِ والإِرْثِ به ، بخِلافِ التى قبلَها[3] .

فإنِ اسْتَوَيا مِن كلِّ وَجْهٍ ، فالوِلايَةُ ثابتَةٌ لكلِّ واحدٍ منهما ، أيُّهما زَوَّج صَحَّ تَزْوِيجُه ؛ لأنَّ السَّبَبَ مُتَحَقِّقٌ فى كلِّ واحدٍ ، لكنْ يُسْتَحَبُّ تقْدِيمُ أسَنِّهما وأعْلَمِهما وأتْقاهما ؛ لأنَّه أحْوَطُ للعَقْدِ فى اجْتِماعِ شُروطِه والنَّظَرِ فى الحَظِّ .

فإن تَساوَيا وتَشاحَّا ، أُقْرِع بَيْنَهما ؛ لأنَّهما تَساوَيا فى الحَقِّ ، وتَعَذَّر الجَمْعُ ، فيُقْرَعُ بَيْنَهما ، كالمَرْأتَيْن فى السَّفَرِ . فإن قَرَع أحدُهما فزَوَّج

---

(١) فى م : « فى تزويجها » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٣، ٢٢٤.

(٣) بعده فى م : « من كل وجه » .

الآخَرُ ، صحَّ ؛ لأنَّ القُرْعَةَ لم تُبْطِلْ وِلايَتَه ، فلم تُبْطِلْ نِكاحَه . وذَكَر أبو الخَطَّابِ فيه وَجْهًا آخَرَ أنَّه لا يَصِحُّ .

فصل : فإن زوَّجها الوَلِيَّان لرَجُلَيْنِ دَفْعَةً واحدةً ، فهما باطِلانِ ؛ لأنَّ الجَمْعَ مُتَعَذِّرٌ[1] ، فبَطَلا ، كالعَقْدِ على أُخْتَيْنِ . ولا حاجَةَ إلى فَسْخِهما ؛ لبُطْلانِهما . وإن سَبَق أحدُهما ، فالصَّحِيحُ السابِقُ ؛ لِما روَى سَمُرَةُ وعُقْبَةُ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ ، فَهِيَ للأَوَّلِ[2] » . روَاه أبو داودَ[3] . ولأنَّ الأَوَّلَ خَلَا عن مُبْطِلٍ ، والثانى تزَوَّج زَوْجَةَ غيرِه ، فكان باطِلًا ، كما لو عَلِم .

فإن دخَل بها الثانى وهو لا يَعْلَمُ أنَّها ذاتُ زَوْجٍ ، فعليه مَهْرُها ؛ لأنَّه وَطْءُ شُبْهَةٍ ، وتُرَدُّ إلى الأوَّلِ ؛ لأنَّها زوْجَتُه ، ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى

---

(١) فى م : « يتعذر » .

(٢) بعده فى م : « منهما » .

(٣) من حديث سمرة أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا أنكح الوليان ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٢.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الموليين يزوجان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٠. والنسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/ ٢٧٦. والدارمى ، فى : باب المرأة يزوجها الوليان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٨، ١١، ١٢، ١٨.

ومن حديث سمرة وعقبة أخرجه النسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة من رجل ثم يبيعها بعينها ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤/ ٥٧. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ١٣٩. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٣٠، ١٤٠.

وحديث عقبة لم يخرجه أبو داود . انظر : التلخيص الحبير ٣/ ١٦٥. والإرواء ٦/ ٢٥٤؛ ٢٥٥. وعزاه على الصواب فى : المغنى ٩/ ٤٢٩. والشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٢٠/ ٢١٦.

تَقْضِىَ عِدَّتَها مِن وَطْءِ الثانى .

فإن جُهِل الأوَّلُ منهما ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يُفْسَخُ[1] النِّكاحَانِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يَحْتَمِلُ أن يكونَ نِكاحُه هو الصحيحَ ، ولا سَبِيلَ إلى الجَمْعِ ، ولا إلى [2]مَعْرفَةِ الزَّوْجِ ، فيُفْسَخُ لإزالَةِ الزَّوْجِيَّةِ ، ثم لها أن تتزَوَّجَ مَن شاءَتْ منهما أو مِن غيرِهما . والثانيةُ ، يُقْرَعُ بَيْنَهما ، فمَن خرَجَتْ له القُرْعَةُ ، أُمِر صاحِبُه بالطَّلاقِ ، ثم يُجَدِّدُ القارِعُ نِكاحَه ، فإن كانَتْ زَوْجَتَه ، لم يَضُرَّه ذلك ، وإن لم تكنْ ، صارَتْ زَوْجَتَه بالتَّجْدِيدِ . وكِلا الطَّرِيقَيْنِ لا بأْسَ به . وسَواءٌ عُلِم السابِقُ ثم نُسِىَ ، أو جُهِلَ الحالُ ؛ لأنَّ المَعْنَى فى الجميعِ واحدٌ .

وإن أقَرَّتِ المرأةُ لأحَدِهما بالسَّبْقِ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُها ؛ لأنَّ الخَصْمَ غيرُها ، فلم يُقْبَلْ قَوْلُها عليه ، كما لو أقَرَّتْ ذاتُ زَوْجٍ لآخَرَ أنَّه زَوْجُها . وإنِ ادُّعِىَ عليها العِلْمُ بالسابقِ ، لم يَلْزَمْها يَمِينٌ ؛ لأنَّ مَن لا يُقْبَلُ إقْرارُه لا يُسْتَحْلَفُ فى إنْكارِه .

فصل : [٢٧٥ظ] ويُشْتَرطُ للوَلِىِّ ثمانيةُ شُروطٍ ؛ أحدُها ، العَقْلُ ، فلا يَصِحُّ تَزْوِيجُ مَجْنُونٍ ولا طِفْلٍ . والثانى ، الحُرِّيَّةُ ، فلا وِلايَةَ لعَبْدٍ . والثالِثُ ، الذُّكُورِيَّةُ ، فلا وِلايَةَ لامرأةٍ ؛ لأنَّ هؤلاء لا يَمْلِكُون تَزْوِيجَ أنْفُسِهم ، فلا يَمْلِكُونَ تَزْوِيجَ غيرِهم بطريقِ الأَوْلَى . والرابِعُ ، البُلوغُ ، فلا يَلِى الصَّبِىُّ

---

(١) فى الأصل : « ينفسخ » .

(٢) زيادة من : م .

بحالٍ . وعنه ، أنَّ الصَّبِيَّ المُمَيِّزَ إذا بَلَغ عَشْرًا ، صَحَّ تَزْوِيجُه[1] ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُه . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه مُوَلًّى عليه ، فلا يَلِى ، كالمرأةِ .

والخامِسُ ، اتِّفَاقُ الدِّينِ ، فلا يَلِى كافِرٌ مُسْلِمَةً بحالٍ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[2] . إلَّا أُمَّ وَلَدِ الذِّمِّيِّ المُسْلِمَةَ ، ففيها وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ تَزْوِيجَها ؛ لأنَّه يَمْلِكُها ، فأَشْبَهَ المُسْلِمَ إذا كان سَيِّدَ كافِرَةٍ . والثانى ، لا يَلِيه ؛ للآيةِ ، ويَلِيه الحاكِمُ . ولا يَلِى مُسْلِمٌ كافِرَةً ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[3] . إلَّا السُّلْطانَ فإنَّه يَلِى نِكاحَ الذِّمِّيَّةِ التى لا وَلِيَّ لها ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَن لَا وَلِيَّ لَهُ »[4] . ولأنَّ وِلايَتَه عامَّةٌ عليهم . وسَيِّدُ الأمَةِ الكافِرَةِ يُزَوِّجُها وإن كانَ مُسْلِمًا ؛ لأنَّه عَقْدٌ عليها ، فوَلِيَه ، كبَيْعِها . ووَلِىُّ سَيِّدِ الكافِرَةِ أو سَيِّدَتِها يُزَوِّجُها ؛ لأنَّه يقومُ مَقامَهما . ويَلِى الكُفَّارُ أهْلَ دِينِهم ؛ للآيةِ التى تَلَوْنَاها . وهل تُعْتَبَرُ عَدالَتُهم فى دِينِهم ؟ على وَجْهَيْن ؛ بِناءً على الرِّوايتَيْنِ فى المسلِمِين .

السَّادِسُ ، العَدالَةُ ، فلا يَلِى الفاسِقُ نِكاحَ قَرِيبَتِه وإن كانَ أبًا ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن ؛ لأنَّها وِلايَةٌ نظَرِيَّةٌ ، فنَافَاها الفِسْقُ ، كوِلايَةِ المالِ . والثانيةُ ، يَلِى ؛ لأنَّه قَرِيبٌ ناظِرٌ ، فكانَ وَلِيًّا ، كالعَدْلِ ، ولأنَّ حَقِيقَةَ العَدالَةِ لا تُعْتَبَرُ ، بل يَكْفِى كَوْنُه مَسْتُورَ الحالِ ، ولو اشْتُرِطَتِ العَدالَةُ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة التوبة ٧١.

(٣) سورة الأنفال ٧٣.

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٣، ٢٢٤.

اعْتُبِرَتْ حَقِيقَتُها ، كما فى الشَّهادَةِ .

السابِعُ ، التَّعْصِيبُ أو ما يقومُ مَقامَه ، فلا تَثْبُتُ الوِلايَةُ لغيرِهم ؛ كالأخِ مِن الأُمِّ ، والخالِ ، وسائرِ مَن عدَا العَصَباتِ ؛ لأنَّ الوِلايَةَ تَثْبُتُ لحِفْظِ النَّسَبِ ، فيُعْتَبَرُ فيها المُناسِبُ . ولا تَثْبُتُ الوِلايَةُ للرَّجُلِ على المرأةِ التى تُسْلِمُ على يَدَيْه . وعنه ، أنَّها تَثْبُتُ . ووَجْهُ الرِّوايَتَيْن ما ذكَرْنا فى كتابِ الوَلاءِ .

الثامِنُ ، عدَمُ مَن هو أوْلَى منه ، فلا تَثْبُتُ الوِلايَةُ للأبْعَدِ مع حُضورِ الأَقْرَبِ الذى اجْتَمَعَتِ الشُّروطُ فيه ؛ لِما ذكَرْنا فى تَقْدِيمِ وِلايَةِ الأبِ . فإن ماتَ الأَقْرَبُ ، أو جُنَّ ، أو فَسَق ، انْتَقَلَتْ إلى مَن بعدَه ؛ لأنَّ وِلايَتَه بطَلَتْ ، فانْتَقَلَتْ إلى الأبْعَدِ ، كما لو ماتَ . فإن عَقَل المجْنُونُ ، وعُدِّل الفاسِقُ ، عادَتْ وِلايَتُه ؛ لزَوالِ مُزِيلِها مع وُجودِ مُقْتَضِيها[1] . فإن زَوَّجها الأبْعَدُ مِن غيرِ عِلْمٍ بعَوْدِ وِلايَةِ الأَقْرَبِ ، لم تَصِحَّ ؛ لأنَّه[2] زَوَّجها بعدَ زَوالِ وِلايَتِه . ويَحْتَمِلُ أن يصِحَّ ؛ بِناءً على الوَكِيلِ إذا تصرَّف بعدَ العَزْلِ قبلَ عِلْمِه به .

وإن دعَتِ المرأةُ وَلِيَّها إلى تَزْوِيجِها مِن كُفْءٍ ، فعَضَلها ، فللأبْعَدِ تَزْويجُها . نصَّ عليه . وعنه ، لا يُزَوِّجُها إلَّا السُّلْطانُ . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ؛ [٢٧٦و] لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « فَإنِ اشْتَجَرُوا ، فالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ » . ولأنَّ التَّزْوِيجَ حقٌّ عليه امْتَنَع منه ، فقامَ الحاكِمُ مَقامَه فى

(١) فى ف : « مقتضاها » .
(٢) فى م : « ولاية » .

إيفائِه ، كما لو كان[1] عليه دَيْنٌ فامْتَنَع مِن قَضائِه . واخْتَار الخِرَقِيُّ الرِّوايةَ الأُولَى ؛ لأنَّه تعَذَّر التَّزْوِيجُ مِن جِهَةِ الأَقْرَبِ ، فوَلِيَها الأبْعَدُ ، كما لو فَسَق ، والحديثُ دليلٌ على أنَّ السُّلْطانَ لا يُزَوِّجُ هاهُنا ؛ لقَوْلِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَن لَا وَلِيَّ لَهُ » .

وإن غابَ الأقْرَبُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً ولم يُوَكِّلْ فى تَزْوِيجِها ، فللأَبْعَدِ تَزْوِيجُها ؛ لِما ذكَرْنا .

والغَيْبَةُ المُنْقَطِعَةُ ما لا تُقْطَعُ إلَّا بكُلْفَةٍ ومَشَقَّةٍ ، فى مَنْصُوصِ أحمدَ ، واخْتِيارِ أبى بكرٍ . وذَكَر الخِرَقِيُّ أنَّها ما لا يَصِلُ الكِتابُ فيها إليه ، أو يَصِلُ فلا يُجِيبُ عنه ؛ لأنَّ غيرَ[2] هذا تُمْكِنُ[3] مُراجعَتُه . وقال القاضى : حدُّها ما لا تَقْطَعُها القافِلَةُ فى السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً ؛ لأنَّ الكُفْءَ يَنْتَظِرُ عامًا ولا يَنْتَظِرُ أكْثَرَ منه . وقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أن يَحُدَّها بما تُقْصَرُ فيه الصَّلاةُ ؛ لأنَّ أحمدَ قال : إذا كان الأبُ بعيدَ السَّفَرِ ، يُزَوِّجُ الأخُ . والسَّفَرُ البعيدُ فى الشَّرْعِ ما عُلِّق عليه رُخَصُ السَّفَرِ . والأُولَى المَنْصُوصُ ، والرَّدُّ فى هذا إلى العُرْفِ ، وما جَرَتِ العادَةُ بالانْتِظارِ فيه ، والمُراجَعَةِ لصاحبِه ؛ لعدَمِ التَّحْدِيدِ فيه مِن الشارِعِ . فأمَّا القريبُ ، فيَجِبُ انْتِظارُه ومُراجَعَتُه ؛ لأنَّه فى حُكْمِ الحاضِرِ ، إلَّا أن تتَعَذَّرَ مُراجَعَتُه لأَسْرٍ أو حَبْسٍ لا يُوصَلُ إليه ، ونحوِهما ، فيكونَ كالبعيدِ ؛ لكونِه فى مَعْناه .

---

(١) بعده فى الأصل : « له » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ف : « ممكن » ، وفى م : « يمكن » .

ولا يُشْتَرطُ فى الوِلايَةِ البَصَرُ؛ لأنَّ شُعَيْبًا، عليه السَّلامُ، زَوَّج (١) مُوسَى، عليه السَّلامُ، ابْنَتَه وهو أعْمَى (١). ولأنَّ الأَعْمَى مِن أهْلِ الرِّوايَةِ والشَّهادَةِ، فكان مِن أهْلِ الوِلايَةِ كالبَصِيرِ. فأمَّا الخَرَسُ، فإن مَنَع فَهْمَ الإشارَةِ، أزالَ الوِلايَةَ، وإن لم يَمْنَعْها، لم يُزِلِ الوِلايَةَ؛ لأنَّ الأخْرَسَ يَصِحُّ تَزَوُّجُه، فصَحَّ تَزْوِيجُه، كالنَّاطِقِ.

فصل: وإن زوَّج الأبْعَدُ مع (٢) حُضورِ الأقْرَبِ وسَلامَتِه مِن المَوانعِ، أو زَوَّج أجْنَبِىٌّ، أو زُوِّجَتِ المرأةُ المُعْتَبَرُ إذْنُها بغيرِ إذنِها، أو تزَوَّج العَبْدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه، فالنِّكاحُ باطِلٌ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «إذا تَزَوَّجَ العَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِه، فَهُوَ عَاهِرٌ» (٣). وفى لَفْظٍ: «فَنِكَاحُه بَاطِلٌ» (٤). ولأنَّه نِكاحٌ لم تَثْبُتْ أحْكامُه؛ مِن الطَّلاقِ، والخُلْعِ، والتَّوارُثِ، فلم يَنْعَقِدْ، كنِكَاحِ المُعْتَدَّةِ. والثانيةُ، هو مَوْقُوفٌ على إجازَةِ مَن له الإذْنُ، فإن أجازَه، جاز، وإلَّا بَطَل؛ لِما ذكَرْناه فى تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ فى البَيْعِ، ولِما روَى ابنُ ماجه (٥)، أنَّ جارِيَةً بِكْرًا أتَتِ النبىَّ ﷺ فذَكَرَتْ له أنَّ أبَاها زوَّجَها وهى كارِهَةٌ، فخَيَّرَها النبىُّ ﷺ. روَاه أبو داودَ (٦)، وقال: هذا

(١ - ١) فى م: «ابنته وهو أعمى لموسى عليه السلام».

وانظر ما أخرجه الحاكم، فى: المستدرك ٢/ ٥٦٨. وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ١٦٢. والأرجح - والله أعلم - أن المذكور فى قصة موسى عليه السلام ليس هو شعيبا النبى عليه السلام. انظر تفسير ابن كثير ٦/ ٢٣٨.

(٢) فى الأصل: «من».

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١٣.

(٤) هذا اللفظ رواية لأبى داود.

(٥) فى: باب من زوج ابنته وهى كارهة، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٣.

(٦) فى: باب فى البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٨٣.

حديثٌ مُرْسَلٌ، رَواه الناسُ عن عِكْرِمَةَ، عن النبىِّ ﷺ، ولم يَذْكُروا ابنَ عَبَّاسٍ. فإنْ قُلْنا بهذه الرِّوايَةِ، فإنَّ الشَّهادَةَ تُعْتَبرُ حالَةَ العَقْدِ؛ لأنَّها شَرْطٌ له، فتُعْتَبرُ معه، كالقَبُولِ.

ويَكْفِى فى إذنِ المرأةِ النُّطْقُ، أو ما يدُلُّ على الرِّضَا؛ مِن التَّمْكينِ مِن الوَطْءِ، والمُطالَبَةِ بالمَهْرِ (١والنَّفَقَةِ١)، بِكْرًا كانَتْ أو ثَيِّبًا؛ لأنَّ أدِلَّةَ الرِّضا تقومُ مَقامَ النُّطْقِ به؛ [٢٧٦ظ] بدليلِ قولِ النبىِّ ﷺ لبَرِيرَةَ: «إنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ، فَلا خِيَارَ لَـكِ»[٢].

فأمَّا إن زوَّجَتِ المرأةُ نفسَها، أو زَوَّجها طِفْلٌ، أو مَجْنُونٌ، أو فاسِقٌ، فهو باطِلٌ، لا يَقِفُ على الإجازَةِ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ صادِرٌ مِن غيرِ أهْلِه. وذَكَر أصْحابُنا تَزْوِيجَها لنفسِها مِن جُمْلَةِ الصُّوَرِ المُخْتَلَفِ فى وُقُوفِها. والأَوْلَى أنَّها ليست منها؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «أَيُّما امرأةٍ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[٣]. ولأنَّه تصَرُّفٌ لو قارَنه الإذْنُ لم يَصِحَّ، فلم يَصِحَّ بالإذْنِ اللَّاحِقِ، كتَصَرُّفِ المجْنُونِ.

فصل: ولكلِّ واحِدٍ مِن الأَوْلِياءِ أن يُوَكِّلَ فى تَزْوِيجِ مُوَلِّيَتِه، فيَقُومُ وَكِيلُه مَقامَه، حاضِرًا كان المُوَكِّلُ أو غائبًا. ولا يُعْتَبرُ إذْنُ المرأةِ فى التَّوْكِيلِ. وخَرَّج القاضى ذلك على الرِّوايتَيْنِ فى تَوْكِيلِ الوَكِيلِ مِن غيرِ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) أخرجه أبو داود، فى: باب حتى متى يكون لها الخيار، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥١٨. والدارقطنى، فى: باب المهر، من كتاب النكاح. سنن الدارقطنى ٣/ ٢٩٤. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ٢٢٥.

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٣، ٢٢٤.

إذْنِ المُوَكِّلِ. وليس كذلك، فإنَّ الوَلِيَّ ليس بوَكِيلٍ للمرأةِ، ولا تَثْبُتُ وِلايَتُه مِن جِهَتِها، فلم يَقِفْ جَوازُ تَوْكِيلِه على إذْنِها، كالسُّلْطانِ، ولأنَّه وَلِيٌّ فى النِّكاحِ، فمَلَكَ الإذْنَ فيه[1] مِن غيرِ إذنِها، كالسُّلْطانِ.

ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى التَّزْوِيجِ مُطْلَقًا مِن غيرِ تَعْيِينِ الزَّوْجِ؛ لأنَّه إذْنٌ فى التَّزْوِيجِ، فجازَ مُطْلَقًا، كإذْنِ المَرْأَةِ. ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى تَزْوِيجِ مُعَيَّنٍ.

واخْتَلَفتِ الرِّوايَةُ هل تُسْتَفادُ وِلايَةُ النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ؟ على رِوايَتَيْن ذَكَرْناهما فى الوَصايا[2]. ولا يَصِيرُ وَصِيًّا فى النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ إليه فى المالِ؛ لأنَّها إحْدَى الوَصِيَّتَيْن، فلم تُمْلَكْ بالأُخْرَى، كالأُخْرَى.

فصل: وإذا لم يكنْ للمرأةِ وَلِيٌّ، ولا للبَلَدِ قاضٍ ولا سُلْطَانٌ، فعن أحمدَ ما[1] يدُلُّ على أنَّه يجوزُ لها أن تأْذَنَ لرجلٍ عَدْلٍ يحْتاطُ لها فى الكُفْءِ والمَهْرِ، ويُزَوِّجُها، فإنَّه قال فى دُهْقَانِ[3] قَرْيَةٍ: يُزَوِّجُ المرأةَ إذا لم يكنْ فى الرُّسْتَاقِ قاضٍ، إذا احْتاطَ لها[1] فى الكُفْءِ والمَهْرِ. ووَجْهُ ذلك أنَّ اشْتِراطَ الوَلِيِّ هاهُنا يَمْنَعُ النِّكاحَ بالكُلِّيَّةِ، فوَجَب أن لا يُشْتَرطَ. وعنه، لا يَصِحُّ إلَّا بوَلِيٍّ؛ لعُمومِ الخَبَرِ فيه.

فصل: وإذا أرادَ وَلِيُّ المرأةِ تَزَوُّجَها؛ كابنِ عَمِّها، أو مَوْلَاها، جَعَل أمْرَها إلى مَن يُزَوِّجُها منه بإذْنِها؛ لِما رُوِى أنَّ المُغِيرَةَ بنَ شُعْبَةَ أمَرَ رَجُلًا أن

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) فى الأصل: «الوصية».

(٣) الدهقان: رئيس القرية.

يُزَوِّجه امرأةَ المُغِيرَةُ أَوْلَى بها منه[1]. ولأنَّه وَلِيُّها، فجاز أن يتزَوَّجَها مِن وَكِيلِه، كالإمامِ. فإن زوَّج نفسَه بإذْنِها، ففيه رِوايَتانِ؛ إحْداهما، لا يجوزُ؛ لحديثِ المُغِيرَةِ، ولأنه عَقْدٌ مَلَكه بالإذْنِ، فلم يَجُزْ[2] أن يتولَّى طَرَفَيْه، كالوَكِيلِ فى البَيْعِ. والثانيةُ، يجوزُ؛ لِما رُوِى عن عبدِ الرَّحْمَنِ بنِ عَوْفٍ أنَّه قال لأُمِّ حَكِيمِ ابْنَةِ قَارِظٍ: أتَجْعَلِينَ أمْرَكِ إلىَّ؟ قالت: نعم. فقالَ: قد تزَوَّجْتُكِ[3]. ولأنَّه صَدَر الإيجابُ مِن الوَلِيِّ والقَبُولُ مِن الأهلِ، فصَحَّ، كما لو زَوَّج الرجلُ عبدَه الصَّغِيرَ لأَمَتِه.

وإن قال السَّيِّدُ: قد أعْتَقْتُ أمَتِى، وجعَلْتُ عِتْقَها صَداقَها. أو قال: قد جعَلْتُ عِتْقَ أمَتِى صَداقَها. ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، يَصِحُّ العِتْقُ والنِّكاحُ، ويَصِيرُ عِتْقُها صَداقَها؛ لِما روَى أنسٌ أنَّ النبىَّ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ وجَعَل عِتْقَها صَداقَها. مُتَّفَقٌ عليه[4]. وفى روايةٍ: أصْدَقَها نفسَها.

---

(1) ذكره البخارى معلقا، فى: باب إذا كان الولى هو الخاطب، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٧/ ٢١. ووصله عبد الرزاق، فى: المصنف ٦/ ٢٠١، ٢٠٢. وسعيد بن منصور، فى: سننه ١/ ١٥٣.

(2) بعده فى ف: «له».

(3) أخرجه البخارى معلقا بصيغة الجزم، فى: باب إذا كان الولى هو الخاطب، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٧/ ٢١. ووصله ابن سعد، فى: الطبقات الكبرى ٨/ ٤٧٢. وصححه فى الإرواء ٦/ ٢٥٦.

(4) أخرجه البخارى، فى: باب غزوة خيبر، من كتاب المغازى، وفى: باب اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها، وباب من جعل عتق الأمة صداقها، وباب البناء فى السفر، وباب الوليمة ولو بشاة، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٥/ ١٦٨، ٧/ ٧، ٨، ٢٨، ٣١. ومسلم، فى: باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢/ ١٠٤٤ - ١٠٤٦. =

والثانيةُ ، لا يَصِحُّ حتى يَبْتَدِئَ العَقْدَ[1] عليها بإذْنِها ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ إيجابٌ ولا قَبُولٌ ، فلم يَصِحَّ العَقْدُ ، [٢٧٧و] كما لو كانَتْ حُرَّةً . فعلى هذا ، يَنْفُذُ[2] العِتْقُ وعليها قِيمَةُ نفسِها ؛ لأنَّه إنَّما أعْتَقَها بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، ولم يُمْكِنْ إبْطالُ العِتْقِ ، فرَجَعْنا إلى القِيمَةِ .

ولا يجوزُ لأحَدٍ أن يتولَّى طَرَفَيِ العَقْدِ غيرَ مَن ذكَرْنا ، إلَّا السَّيِّدَ يُزَوِّجُ عَبْدَه مِن أمَتِه . فإن كانَ وَكِيلًا للزَّوْجِ [3]والوَلِيِّ ، أو وَكِيلًا للزَّوْجِ[3] وَلِيًّا للمرأةِ ، أو وَكِيلًا للوَلِيِّ وَلِيًّا للزَّوْجِ ، ففيه وَجْهان ؛ بِناءً على ما ذكَرْنا فى الوَكِيلِ فى البَيْعِ .

فصل : الشَّرْطُ الثانى مِن شَرائطِ النِّكاحِ ، أن يَحْضُرَه شَاهِدانِ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . رَواه الخَلَّالُ[4] . وعن عائشةَ عن النبىِّ

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٤٠. والنسائى ، فى : باب التزويج على العتق ، وباب البناء فى السفر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩٤، ١٠٩. وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٩. والدارمى ، فى : باب فى الأمة يجعل عتقها صداقها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٩٩، ١٦٥، ١٧٠، ١٨١، ٢٠٣، ٢٣٩، ٢٤٢، ٢٤٦، ٢٦٤، ٢٨٠، ٢٩١.

(١) فى الأصل : « العتق » .

(٢) فى ف : « ينعقد » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ١٩٦. والدارقطنى ، فى سننه ٣/ ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٥. وابن حبان ، انظر : الإحسان ٩/ ٣٨٦. والطبرانى ، فى : الكبير ١٨/ ١٤٢،=

ﷺ[1] قال : « لَا بُدَّ فى النِّكَاحِ مِن أَرْبَعَةٍ ؛ الوَلِيُّ ، والزَّوْجُ ، والشَّاهِدَانِ » . رواه الدَّارَقُطْنِيُّ[2] . وعن أحمدَ ، أنَّ الشَّهادَةَ ليست شَرْطًا فيه ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ وتزوَّجها بغيرِ شُهودٍ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلم تُشْتَرطِ الشَّهادَةُ فيه ، كالبَيْعِ .

فصل : ويُشْتَرطُ فى الشُّهودِ سَبْعُ صِفَاتٍ ؛ أحدُها ، العَقْلُ ؛ لأنَّ المجْنُونَ والطِّفْلَ ليسا مِن أهْلِ الشَّهادَةِ . والثانى ، السَّمْعُ ؛ لأنَّ الأصَمَّ لا يَسْمَعُ العَقْدَ فيَشْهَدَ به . الثالثُ ، النُّطْقُ ؛ لأنَّ الأخْرَسَ لا يتَمَكَّنُ مِن أداءِ الشَّهادَةِ . الرابعُ ، البُلوغُ ؛ لأنَّ الصَّبِيَّ لا شَهادَةَ له . وعنه ، أنَّه يَنْعَقِدُ بحُضُورِ مُراهِقَيْن ؛ بِناءً على أنَّهما مِن أهْلِ الشَّهادَةِ . والأوَّلُ أصَحُّ . الخامِسُ ، الإسْلامُ . ويتَخَرَّجُ أن ينْعَقِدَ نِكاحُ المسلم للذِّمِّيَّةِ بشَهادَةِ ذِمِّيَّيْن ؛ بِناءً على قَبولِ شَهادَةِ بعضِهم على بَعْضٍ . والأوَّلُ المذهبُ ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . والسَّادِسُ ، العَدَالَةُ ؛ للخَبَرِ . وعنه ، يَنْعَقِدُ بحُضُورِ فاسِقَيْنِ ؛ لأنَّه تَحَمُّلٌ ، فلم تُعْتَبَرْ فيه العَدالَةُ ، كسائرِ التَّحمُّلاتِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ مَن لا يَثْبُتُ النِّكاحُ بقَوْلِه ، لا ينْعَقِدُ بشَهادَتِه ، كالصَّبِيِّ ، إلَّا أنَّنا لا نَعْتَبِرُ العَدالَةَ باطِنًا ، ويَكْفِى أن يكونَ مَسْتُورَ الحالِ . وكذلك العَدالَةُ المَشْرُوطَةُ فى الوَلِيِّ ؛ لأنَّ

= والأوسط ٧/ ١٩١. وابن عدى ، فى : الكامل ١/ ٣١٨، ٢/ ٥٢١، ٣/ ١١٠١، ٤/ ١٤٥٣، ٦/ ٢١١٣، ٢٢٩٨، ٧/ ٢٥٦٦. والعقيلى ، فى : الضعفاء الكبير ٢/ ٣٠٩. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٢٥. وانظر : الإرواء ٦/ ٢٥٨ - ٢٦٠.

(١) بعده فى ف : « أنه » .

(٢) فى : سننه ٣/ ٢٢٥. وقال : أبو الخصيب مجهول .

النِّكاحَ يقَعُ[1] بينَ عامَّةِ الناسِ فى مَواضِعَ لا تُعْرَفُ فيها حَقِيقَةُ العَدالَةِ ، فاعْتِبارُ ذلك يَشُقُّ[2] . السَّابِعُ ، الذُّكُورِيَّةُ . وعنه ، يَنْعَقِدُ بشَهادَةِ رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ البَيْعَ . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لِما رَوَى أبو عُبَيْدٍ فى « الأمْوالِ » عن الزُّهْرِيِّ أنَّه قال : مَضَتِ السُّنَّةُ أنْ لا تجوزَ شَهادَةُ النِّساءِ فى الحدُودِ ، ولا فى النِّكاحِ ، ولا فى الطَّلاقِ[3] .

وهل يُشْتَرَطُ عدمُ العَداوَةِ والوِلادَةِ ، وهو أن لا يكونَ الشَّاهِدانِ عَدُوَّيْنِ للزَّوْجَيْن أو لأحَدِهما ، ولا ابْنَيْن لهما أو لأحَدِهما ؟ على وَجْهَيْن .

ولا تُشْتَرَطُ الحُرِّيَّةُ ، ولا البَصَرُ ؛ لأنَّها شهادَةٌ لا تُوجِبُ حَدًّا ، فقُبِلَتْ شَهادَتُهما فيه ، كالشَّهادَةِ عليه بالاسْتِفَاضَةِ . ويُعْتَبَرُ أن يَعْرِفَ الضَّرِيرُ المُتعاقِدَيْنِ ؛ ليَشْهَدَ عليهما بقولِهما .

وهل يُشْتَرَطُ كونُ الشاهِدِ[4] مِن غيرِ أهْلِ الصَّنائعِ الزَّرِيَّةِ[5] ، كالحَجَّامِ ونحوِه ؟ على وَجْهَيْن ؛ بِناءً على قَبُولِ شَهادَتِهم .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ مِن شرائطِ[6] النِّكاحِ ، تَعْيِينُ الزَّوْجَيْن ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل : « نفع » .

(٢) بعده فى الأصل : « فصل » .

(٣) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ١٠/ ٥٨. مختصرا . وانظر : نصب الراية ٤/ ٧٩. والتلخيص الحبير ٤/ ٢٠٧.

(٤) فى ف : « الشاهدين » .

(٥) فى ف : « الردية » .

(٦) فى الأصل ، م : « شروط » .

المَقْصُودَ بالنِّكاحِ [٢٧٧ظ] أعْيَانُهما، فوَجَب تَعْيِينُهما، فإن كانَتْ حاضِرَةً، فقالَ: زوَّجْتُكَ هذه. صَحَّ؛ لأنَّ الإشارَةَ تَكْفِى فى التَّعْيِينِ. فإن زادَ على ذلك فقالَ: ابْنَتِى. أو[1]: فاطِمَةَ. كانَ تأْكِيدًا. وإن سَمّاها بغيرِ اسْمِها، صَحَّ؛ لأنَّ الاسْمَ لا حُكْمَ له مع الإشارَةِ، فأَشْبَهَ ما لو قال: زوَّجْتُكَ هذه الطَّوِيلَةَ. وهى قَصِيرَةٌ. وإن كانَتْ غائبةً، فقال: زوَّجْتُكَ ابْنَتِى. وليس له غيرُها، صَحَّ؛ لحُصُولِ التَّعْيِينِ بتَفَرُّدِها بهذه الصِّفَةِ المذْكورةِ. فإن سَمَّاها باسْمِها، أو وَصَفها بصِفَتِها، كانَ تأْكِيدًا. وإن سَمَّاها بغيرِ اسْمِها، صَحَّ أيضًا؛ لأنَّ الاسْمَ لا حُكْمَ له مع التَّعْيِينِ، فلا يُؤَثِّرُ الغَلَطُ فيه. وإن كان له ابْنَتانِ، فقال: زوَّجْتُكَ ابْنَتِى. لم يَصِحَّ حتى يُسَمِّيَها، أو يَصِفَها بما تتَمَيَّزُ به؛ لأنَّ التَّعْيِينَ لا يَحْصُلُ بدُونِه. فإن قال: ابْنَتِى فاطِمَةَ. أو: ابْنَتِى الكُبْرَى. صَحَّ؛ لأنَّها تعَيَّنَتْ به. وإن نَوَيا ذلك مِن غيرِ لَفْظٍ، لم يَصِحَّ؛ لأنَّ الشَّهادَةَ فى النِّكاحِ شَرْطٌ، ولا تَقَعُ إلَّا على اللَّفْظِ، ولا تَعْيِينَ فيه.

وإن خَطَب الرجلُ امرأةً، فزُوِّج غيرَها، لم يَنْعَقِدِ النِّكاحُ؛ لأنَّه يَنْوِى القَبُولَ لغيرِ ما وَقَع فيه الإيجابُ، فلم يَصِحَّ، كما لو قال: قد زوَّجْتُكَ ابْنَتِى فاطِمَةَ. فقالَ: قَبِلْتُ تَزْوِيجَ عائشةَ. فإن كانَ له ابْنَتان، كُبْرَى اسْمُها عائشةُ، وصُغْرَى اسْمُها فاطِمَةُ، فقالَ: زوَّجْتُكَ ابْنَتِى عائشةَ. فقَبِله الزَّوْجُ، يَنْوِيان الصُّغْرَى، لم يَصِحَّ؛ لأنَّهما لم يتَلَفَّظَا بما تقَعُ الشَّهادَةُ عليه، ولم يَذْكُرِ المَنْوِيَّةَ بما تتَمَيَّزُ به. وإن نَوَى أحدُهما الكُبْرَى والآخَرُ

---

(١) سقط من: ف.

الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه قَبِلَ النِّكاحَ فى غيرِ مَن وَقَع عليه الإيجابُ . ولو قال : زوَّجْتُكَ حَمْلَ امْرَأتِى . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يَثْبُتُ لها حُكْمُ البَناتِ قبلَ الوِلادَةِ ، ولا يتحَقَّقُ كَوْنُها بِنْتًا . وإن قال : إذا ولَدَتْ زَوْجَتِى بِنْتًا زوَّجْتُكَها . كان وَعْدًا لا عَقْدًا ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يتعلَّقُ على الشُّروطِ[(1)] .

فصل : الشَّرْطُ الرابعُ ، التَّراضِى مِن الزَّوْجَيْن ، أو مَن يقومُ مَقامَهما ؛ لأنَّ العَقْدَ لهما ، فاعْتُبِرَ تَراضِيهما به ، كالبَيْعِ . فإن كانَ الزَّوْجُ بالِغًا عاقِلًا ، لم يَجُزْ بغيرِ رِضاه ، وإن كان عَبْدًا ، لم يَمْلِكِ السَّيِّدُ إجْبارَه عليه ؛ لأنَّه خالِصُ حقِّه ، وهو مِن أهْلِ مُباشَرَتِه ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كالطَّلاقِ . وإن كان العَبْدُ صَغِيرًا ، فلسَيِّدِه تزويجُه ؛ لأنَّه إذا مَلَك تزويجَ ابْنِه الصَّغِيرِ ، فعَبْدُه أَوْلَى . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَه أيضًا ؛ قِياسًا على الكبيرِ .

ويَملِكُ الأبُ تَزْوِيجَ ابْنِه الصغيرِ الذى لم يَبْلُغْ ؛ لِما رُوِى عن ابنِ[(2)] عُمَرَ أنَّه زَوَّج ابْنَه وهو صغيرٌ ، فاخْتَصَمُوا إلى زَيْدٍ ، فأجازاه جميعًا . روَاه الأَثْرَمُ[(3)] . ولأنَّه يتَصَرَّفُ فى مَالِه بغيرِ تَوْلِيَتِه[(4)] ، فمَلَكَ تَزْوِيجَه ، كابْنَتِه الصغيرةِ . وسواءٌ كان عاقِلًا أو مَعْتُوهًا ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ تَزْوِيجَ العاقِلِ ،

---

(1) فى ف : « الشرط » .

(2) سقط من : الأصل .

(3) وأخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصداق والحباء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٢٧. والإمام الشافعى ، انظر : ترتيب مسند الشافعى ٢/ ١٠. وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٩٢، ٤٧٨. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ٢٣١، ٢٣٢. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ٣٠١، ٣٠٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢٤٦.

(4) فى م : « تولية » .

فالمَعْتوهُ أَوْلَى .

ويَمْلِكُ الأَبُ أيضًا تَزْوِيجَ ابْنِه البالغِ المَعْتُوهِ ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، فأَشْبَهَ الصَّغِيرَ . وقال القاضى : لا يجوزُ تَزْوِيجُه إلَّا إذا ظَهَر منه أماراتُ الشَّهْوَةِ ، باتِّباعِ النِّساءِ ونحوِه . وقال أبو بكرٍ : لا يجوزُ تَزْوِيجُه[1] بحالٍ ؛ لأنَّه رجلٌ ، فلم يَجُزْ تَزْوِيجُه بغيرِ إذْنِه ، كالعاقِلِ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه إذا جاز تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ مع عدَمِ حاجَتِه إلى قَضاءِ شَهْوَتِه ، [٢٧٨و] وحِفْظِه عن الزِّنى ، فالبالِغُ أَوْلَى . ولا يجوزُ تَزْوِيجُه إلَّا إذا رَأى وَلِيُّه المصلحةَ فى تَزْوِيجِه ؛ لاحْتِياجِه إلى الحِفْظِ والإيواءِ ، أو قَضاءِ الشَّهْوَةِ ونحوِ ذلك . فأمَّا مَن له إفاقَةٌ فى بعضِ أحْيانِه ، فلا يجوزُ إجْبارُه على النِّكاحِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ اسْتِئْذانُه .

ووصِىُّ الأبِ كالأبِ فى تَزْوِيجِ الصَّغِيرِ والمَعْتُوهِ ؛ لأنَّه نائبٌ عنه ، فأَشْبَهَ الوَكِيلَ . ولا يَمْلِكُ غيرُ الأبِ ووَصِيِّه تَزْوِيجَ صغيرٍ ولا مَعْتُوهٍ ؛ لأنَّه إذا لم يَمْلِكْ تَزْوِيجَ الأُنْثَى مع قُصُورِها ، فالذَّكَرُ أوْلَى . وقال ابنُ حامِدٍ : للحاكِمِ تَزْوِيجُ المَعْتُوهِ الذى يَشْتَهِى النِّساءَ ؛ لأنَّه يَلِى مالَه ، فمَلَكَ تَزْوِيجَه ، كالوَصِىِّ . وقال القاضى : له تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ ؛ لذلك[2] . ولا يجوزُ إلَّا إذا رَأى المَصْلَحَةَ فى ذلك ؛ لأنَّه ناظِرٌ له فى مَصالِحِه ، وهذا منها ، فأشْبَهَ عَقْدَه على مالِه .

فصل : فأمَّا المرأةُ ، فإنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ أَمَتِه ، بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « الذى يشتهى كذلك » .

بغيرِ رِضاها ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنافِعِها ، فمَلَكه ، كإجارَتِها .

وأمَّا الحُرَّةُ ، فإنَّ الأبَ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ ابْنَتِه الصَّغيرةِ البِكْرِ[1] بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ أبا بكرٍ الصِّدِّيقَ[2] زوَّجَ عائشةَ للنبىِّ ﷺ [3]وهى[3] ابْنَةُ سِتٍّ ولم يَسْتَأْذِنْها . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وروَى الأَثْرَمُ[5] أنَّ قُدامَةَ بنَ مَظْعُونٍ تزوَّجَ ابْنَةَ الزُّبَيْرِ حينَ نُفِسَتْ .

ولا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ ابْنَتِه الثَّيِّبِ الكبيرةِ إلَّا بإذْنِها ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا » . [6]رَواه مسلمٌ ، وأبو داودَ[6] . وروَى ابنُ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) زيادة من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب تزويج النبى ﷺ عائشة ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب تزويج الأب ابنته من الإمام ، وباب من بنى بامرأة وهى بنت تسع سنين ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥/ ٧١، ٧/ ٢٢، ٢٧، ٢٨. ومسلم ، فى : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٨، ١٠٣٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تزويج الصغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٠. وابن ماجه ، فى : باب نكاح الصغار يزوجهن الآباء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٣، ٦٠٤. والدارمى ، فى : باب فى تزويج الصغار إذا زوجهن آباؤهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٢، ١١٨، ٢١١.

(٥) وأخرجه سعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ١٧٥.

(٦ - ٦) سقط من : م .

والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ....، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٧. وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٤.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح .=

عَبَّاسٍ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «لَيْسَ لِلْوَلِىِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ». رَواه[1] أبو داودَ[2].

وفى البِكْرِ البالِغَةِ رِوايَتانِ؛ إحْداهما، له إجْبارُها؛ لِما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ قال: قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «الأَيِّمُ[3] أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، والْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ[4]، وإِذْنُهَا صُمَاتُهَا». وإثْباتُه الحَقَّ للأَيِّمِ على الخُصُوصِ يدُلُّ على نَفْيِه عن البِكْرِ. والثانيةُ، لا يجوزُ تزْوِيجُها إلَّا بإذْنِها؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ: «لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ، وَلَا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تَأْذَنَ». قالوا: يارسولَ اللَّهِ، فكيف إذنُها؟ قال: «أَنْ تَسْكُتَ». مُتَّفَقٌ عليه[5].

= عارضة الأحوذى ٥/ ٢٥. والنسائى، فى: باب استئذان البكر فى نفسها، من كتاب النكاح. المجتبى ٦/ ٦٩. وابن ماجه، فى: باب استئمار البكر والثيب، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/ ٦٠١. والدارمى، فى: باب استئمار البكر والثيب، من كتاب النكاح. سنن الدارمى ٢/ ١٣٨. والإمام مالك، فى: باب استئذان البكر والأيم فى أنفسهما، من كتاب النكاح. الموطأ ٢/ ٥٢٤، ٥٢٥. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢١٩، ٢٤٢، ٢٦١، ٢٧٤، ٣٤٥، ٣٥٥، ٣٦٢.

(١) فى ف، م: «رواهما».

(٢) فى: باب فى الثيب، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٨٤.
كما أخرجه النسائى، فى: باب استئذان البكر فى نفسها، من كتاب النكاح. المجتبى ٦/ ٧٠. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٣٣٤.

(٣) فى م: «الثيب».

(٤) فى م: «تستأذن فى نفسها».

(٥) أخرجه البخارى، فى: باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، من كتاب النكاح، وفى: باب فى النكاح، من كتاب الحيل. صحيح البخارى ٧/ ٢٣، ٩/ ٣٢. ومسلم، فى: باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ...، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٦، ١٠٣٧.=

وأمَّا الثَّيِّبُ الصغيرةُ ، ففيها وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ تَزْوِيجُها ؛ لعُمومِ الأحادِيثِ فيها . والآخَرُ ، يجوزُ تَزْوِيجُها ؛ لأَنَّها ولدٌ صغيرٌ ، فمَلَكَ الأبُ تزْوِيجَها ، كالغُلَامِ . والثَّيِّبُ هي المَوْطُوءَةُ في فَرْجِها ، حلَالًا كان أو حَرامًا ؛ لأنَّه لو أُوصِىَ للثَّيِّبِ[1] بوَصِيَّةٍ ، دَخَل فيها مَن ذكَرْناه ، ولا تدْخُلُ في وَصِيَّتِه الأَبْكارُ .

ووَصِيُّ الأبِ إذا نَصَّ له على التَّزْوِيجِ كالأبِ ؛ لأنَّه قائمٌ مَقامَه .

فصل : فأمَّا غيرُهما ، فلا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ كبيرةٍ إلَّا بإذْنِها ، جَدًّا كان أو غيرَه ؛ لعُمومِ الأحاديثِ ، ولأنَّه قاصِرٌ عن الأبِ ، فلم يَمْلِكِ الإجْبَارَ ، كالعَمِّ . وفي الصَّغِيرَةِ ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، ليس لهم تزْوِيجُها ؛ لِمَا رُوِىَ أنَّ قُدَامَةَ بنَ مَظْعُونٍ زوَّجَ ابْنَةَ أخِيه مِن عبدِ اللَّهِ بنِ عُمَرَ ، فرُفِعَ ذلك إلى النبيِّ ﷺ فقال : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ ، وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا »[2] . والصغيرةُ لا إذْنَ لها . والثانيةُ ، لهم تَزْوِيجُها ، ولها الخِيارُ إذا بلَغَتْ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى :

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١/ ٤٨٢. والترمذي ، في : باب ما جاء في استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي ٥/ ٢٣. والنسائي ، في : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٧١. وابن ماجه ، في : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٢. والدارمي ، في : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢/ ١٣٨. والإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ٢٥٠، ٢٧٩، ٤٢٥، ٤٣٤.

(١) في الأصل : « الميت » .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ١٣٠. والدارقطني ، في : سننه ٣/ ٢٣٠. والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٧/ ١٢٠.

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾[1]. دَلَّتْ بمَفْهُومِها[2] أنَّ له تَزْوِيجَها إذا أقْسَط [٢٧٨ظ] لها، وقد فسَّرَتْه عائشةُ بذلك[3]. والثالثةُ، لهم تَزْوِيجُها إذا بلَغَتْ تِسْعًا[4] بإذنِها، ولا يجوزُ قبلَ ذلك؛ لقولِ النبيِّ ﷺ: «تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ فى نَفْسِهَا، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا، وإِنْ أَبَتْ، فَلا جَوَازَ عَلَيْهَا». رَواه أبو داودَ[5]. وجَمْعًا بينَ الآيَةِ[6]

---

(١) سورة النساء ٣.

(٢) بعده فى م: «على».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب شركة اليتيم وأهل الميراث، من كتاب الشركة، وفى: باب قول اللّٰه تعالى: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم ولاتتبدلوا الخبيث بالطيب ...﴾، من كتاب الوصايا، وفى: باب ﴿وإن خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى ...﴾، من كتاب التفسير، وفى: باب الترغيب فى النكاح، وباب الأكفاء فى المال وتزويج المقل المثرية، وباب لا يتزوج أكثر من أربع ....، وباب إذا كان الولى هو الخاطب ....، وباب تزويج اليتيمة ....، من كتاب النكاح، وفى: باب ما ينهى من الاحتيال للولى فى اليتيمة ....، من كتاب الحيل. صحيح البخارى ٣/ ١٨٣، ٤/ ١١، ٦/ ٥٣، ٥٤، ٧/ ١٠، ١١، ٢١، ٢٣، ٢٤، ٩/ ٣١. ومسلم، فى: كتاب التفسير. صحيح مسلم ٤/ ٢٣١٣، ٢٣١٤. وأبو داود، فى: باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٧٧. والنسائى، فى: باب القسط فى الأصدقة، من كتاب النكاح. المجتبى ٦/ ٩٥.

(٤) فى ف: «سبعا».

(٥) فى: باب فى الاستئمار، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٨٣.

كما أخرجه الترمذى، فى: باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٥/ ٢٩. والنسائى، فى: باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة. من كتاب النكاح. المجتبى ٦/ ٧١، ٧٢. والدارمى، فى: باب فى اليتيمة تزوج نفسها، من كتاب النكاح. سنن الدارمى ٢/ ١٣٨. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٢٦١، ٣٣٤، ٢/ ٢٥٩، ٤٧٥، ٤/ ٣٩٤، ٤٠٨، ٤١١.

(٦) فى م: «الأدلة».

والأخْبارِ. وقَيَّدْنا ذلك بابْنَةِ تِسْعٍ ؛ لأنَّ عائشةَ قالت : إذا بلَغَتِ الجارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ ، فهى امرأةٌ[1] . ورُوِىَ ذلك مَرْفُوعًا إلى النبىِّ ﷺ[2] . ولأنَّها تصْلُحُ بذلك للنِّكاحِ ، وتَحْتاجُ إليه ، فأَشْبهَتِ البالغةَ .

وإذْنُ الثَّيِّبِ الكلامُ ، وإذْنُ البِكْرِ الصُّماتُ أو الكلامُ ، فى حَقِّ الأبِ وغيرِه ؛ لِما تقدَّمَ مِن الحديثِ ، وهو صَرِيحٌ فى الحُكْمِ . وروَى عَدِىٌّ الكِنْدِىُّ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أنَّه[3] قال : « الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا ، والبِكْرُ رِضَاهَا صَمْتُهَا » . روَاه الأَثْرَمُ ، [4]وابنُ ماجه[4] . ولا فرقَ بينَ الثُّيوبَةِ بوَطْءٍ مُباحٍ أو مُحَرَّمٍ ؛ لشُمولِ اللَّفْظِ لهما جميعًا .

فصل : الشَّرْطُ الخامِسُ ، الإيجابُ والقَبُولُ ، ولا يَصِحُّ الإيجابُ إلَّا بلَفْظِ النِّكاحِ أو التَّزْويجِ ، فيقولُ : زوَّجْتُكَ ابْنَتِى . أو : أنْكَحْتُكَها . لأنَّ ما سِوَاهما لا يأْتِى على معْنَى النِّكاحِ ، فلا يَنْعَقِدُ به ، كلَفْظِ الإحْلالِ ، ولأنَّ الشَّهادَةَ شَرْطٌ فى النِّكاحِ ، وهى واقِعَةٌ على اللَّفْظِ ، وغيرُ هذا اللَّفْظِ

---

(١) ذكره الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٢٩. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١/ ٣٢٠. كلاهما تعليقا دون إسناد .

(٢) أخرجه أبو نعيم ، فى : تاريخ أصبهان ٢/ ٢٧٣. والديلمى ، انظر : فردوس الأخبار ١/ ٣٨٥. وضعف إسناده فى الإرواء ١/ ١٩٩.

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : ف .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٢.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٩٢. وانظر الإرواء ٦/ ٢٣٤، ٢٣٥.

ليس بمَوْضُوعٍ للنِّكاحِ ، وإنَّما يُصْرَفُ[1] إليه بالنِّيَّةِ ، ولا شَهادَةَ عليها ، فيَخْلُو النِّكاحُ عن الشَّهادَةِ . وأمَّا القَبُولُ ، فيَقُولُ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . وإنِ اقْتَصَر على : قَبِلْتُ . صَحَّ ؛ لأنَّ القَبُولَ يَرْجِعُ إلى ما أوْجَبَه الوَلِىُّ ، كما فى البَيْعِ . وإن قِيلَ للوَلِىِّ : أزَوَّجْتَ ؟ فقال : نعم . و[2] للمُتَزَوِّجِ : أقَبِلْتَ ؟ فقال : نعم . انْعقَدَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ « نعم » جوابٌ للسُّؤالِ ، والسُّؤَالُ مُضْمَرٌ مُعادٌ فيه ، ولهذا لو قِيلَ له : أسَرَقْتَ ؟ قال : نعم . كان مُقِرًّا بالسَّرِقَةِ ، حتى يلْزَمَه القَطْعُ الذى يَنْدَرِئُ بالشُّبُهاتِ ، فهاهُنا أوْلَى .

ولا يَصِحُّ الإيجابُ والقَبُولُ بغيرِ العَرَبِيَّةِ لِمَن يُحْسِنُها ؛ لأنَّه عُدُولٌ عن لَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْوِيجِ مع إمْكانِهما ، فلم يَصِحَّ ؛ لِما ذكَرْنا .

ويَصِحُّ بمَعْناهما الخاصِّ بكلِّ لسانٍ لِمَن لا يُحْسِنُهما[3] ؛ لأنَّه يَشْتَمِلُ على مَعْنَى اللَّفْظِ العَرَبِىِّ ، فأشْبَهَ ما لو أتَى به . وليس عليه تعَلُّمُهما بالعَرَبِيَّةِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ غيرُ واجِبٍ ، فلا يلْزَمُ تعَلُّمُ أرْكَانِه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ المَقْصودَ المَعْنَى دُونَ اللَّفْظِ المُعجِزِ[4] ، وهو حاصِلٌ ، بخِلافِ القِراءَةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يلْزَمُه التَّعَلُّمُ ؛ لأنَّ ما كانَتِ العَرَبِيَّةُ شَرْطًا فيه عندَ الإمْكانِ ، لَزِمَه تعَلُّمُه ، كالتَّكْبِيرِ .

وإذا فُهِمَتْ إشارَةُ الأخْرَسِ ، صَحَّ النِّكاحُ بها ؛ لأنَّه مَعْنًى لا يُسْتَفادُ إلَّا

---

(١) فى ف : « ينصرف » .

(٢) بعده فى م : « قيل » .

(٣) فى ف : « يحسنها » .

(٤) فى م : « المعجوز » .

مِن جِهَتِه ، فصَحَّ بإشارَتِه ، كبَيْعِه .

وإن تقَدَّم القَبُولُ على الإيجابِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ القَبُولَ إنَّما هو للإيجابِ[1] ، فيُشْتَرطُ تأَخُّرُه عنه . وإن تراخَى القَبُولُ عن الإيجَابِ ، صَحَّ ما دَاما فى المجْلِسِ ، ولم يتَشاغلا بما يقْطَعُه ؛ لأنَّ حُكْمَ المجْلِسِ حُكْمُ حالَةِ العَقْدِ ، بدَليلِ القَبْضِ فيما يُشْتَرطُ القَبْضُ [٢٧٩و] فيه . فإن تفَرَّقا قبلَه ، أو تَشاغَلا بغيرِه قبلَ القَبُولِ ، بَطَل الإيجابُ ؛ لأنَّهما أعْرَضا عنه بتَفَرُّقِهما أو تَشاغُلِهما ، فبَطَل ، كما لو طال التَّراخِى . ونقَلَ أبو طالِبٍ[2] عن أحمدَ ، فى رجلٍ مَشَى إليه قَوْمٌ ، فقالُوا : زَوِّجْ فُلانًا على أَلْفٍ . فقال : قد زَوَّجْتُه على أَلْفٍ . فرَجَعُوا إلى الزَّوْجِ فأَخْبَرُوه ، فقَبِلَ ، هل يكونُ هذا نِكاحًا ؟ قال : نعم . فجعَلَ أبو بَكْرٍ هذا رِوايَةً ثانيةً . وقال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه وَكَّل مَن قَبِلَ العَقْدَ فى المجْلِسِ .

وإن خَرَج أحدُهما عن أهْلِيَّةِ العَقْدِ بجُنونٍ ، أو إغْمَاءٍ ، أو مَوْتٍ ، قبلَ القَبُولِ ، بَطَل ؛ لأنَّه لم ينْعَقِدْ ، فبَطَل بهذه المعانِى ، كإيجابِ البَيْعِ .

ومتى عَقَد النِّكاحَ هازِلًا أو تَلْجِئَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ ، وهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، والنِّكَاحُ ، والرَّجْعَةُ » . رَواه التِّرمِذِىُّ[3] ، وقال : حديثٌ حسنٌ .

---

(١) فى الأصل : « الإيجاب » ، فى م : « بالإيجاب » .

(٢) فى ف : « الخطاب » .

(٣) فى : باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق ، من أبواب الطلاق .عارضة الأحوذى ٥/ ١٥٦، ١٥٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى =

فصل: وفى الكَفاءَةِ رِوايَتانِ؛ إحْداهما، هى شَرْطٌ لِصِحَّةِ النِّكاحِ، فإذا فاتَتْ، لم يَصِحَّ وإن رَضُوا به؛ لِما روَى الدَّارَقُطْنِيُّ[1] بإسْنادِه عن جابِرٍ، أنَّ[2] النبىَّ ﷺ قال: «لَا تُنْكِحُوا[3] النِّسَاءَ إِلَّا الأَكْفَاءَ، وَلَا يُزَوِّجُهُنَّ إِلَّا الأَوْلِيَاءُ». وقال عُمَرُ: لأَمْنَعَنَّ تَزَوُّجَ[4] ذوى الأحْسَابِ إِلَّا مِن الأَكْفَاءِ[5]. ولأنَّه تصرُّفٌ يَتَضَرَّرُ به مَن لم يَرْضَ به، فلم يَصِحَّ، كما لو زَوَّجها وَلِيُّها بغيرِ رِضَاها. والثانيةُ، ليست شَرْطًا؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ زَوَّجَ زَيْدًا مَوْلَاه ابْنَةَ عَمَّتِه زَيْنَبَ بِنْتَ جَحْشٍ[6]. وزَوَّجَ ابْنَه[7] أُسامَةَ فاطِمَةَ بنتَ قَيْسٍ الفِهْرِيَّةَ القُرَشِيَّةَ. [8]رَواه مسلمٌ[8]. وقالَتْ عائشَةُ: إنَّ أبا حُذَيْفَةَ تَبَنَّى

= داود ١/ ٥٠٧. وابن ماجه، فى: باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٨.

(١) فى: سننه ٣/ ٢٤٥.

كما أخرجه البيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ١٣٣. وأعلاه بمبشر بن عبيد وأنه متروك الحديث. وقال ابن عبد البر: حديث ضعيف لا يحتج بمثله، ولا أصل له. التمهيد ١٩/ ١٦٥.

(٢) فى م: «قال».

(٣) فى م: «ينكح».

(٤) فى الأصل، م: «فروج».

(٥) أخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٦/ ١٥٢. والدارقطنى، فى: سننه ٣/ ٢٩٨. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ١٣٣. وضعفه فى الإرواء ٦/ ٢٦٥، ٢٦٦.

(٦) أخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٦/ ١٥٣. وسعيد بن منصور، فى: سننه ١/ ١٦١. والدارقطنى، فى: سننه ٣/ ٣٠١. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ١٣٦.

(٧) سقط من: م.

(٨ - ٨) زيادة من: م.

والحديث تقدم تخريجه فى ٣/ ٣٩، ٤٠.

سالمًا وأنْكَحه ابْنَةَ أخِيه هِنْدَ ابْنَةَ[1] الوَلِيدِ بنِ عُتْبَةَ بنِ رَبِيعَةَ. أخْرَجه البُخارِىُّ[2].

لكنْ إن لم[3] يَرْضَ بعضُ الأَوْلِياءِ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، العَقْدُ باطِلٌ؛ لأنَّ الكَفاءَةَ حقُّهم، تُصُرِّفَ فيه بغيرِ رِضاهم، فلم يَصِحَّ، كتَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ. والثانيةُ، يَصِحُّ، ولِمَن لم يَرْضَ الفَسْخُ، فلو زوَّج الأبُ بغيرِ الكُفْءِ فرَضِيَتِ البِنْتُ، كان للإخْوَةِ الفَسْخُ؛ لأنَّه وَلِىٌّ فى حالٍ يلْحَقُه العارُ بفَقْدِ الكَفاءَةِ، فمَلَكَ الفَسْخَ، كالمُتَساوِيَيْنِ[4].

فصل: والكُفْءُ ذو الدِّينِ والمَنْصِبِ، فلا يكونُ الفاسِقُ كُفْئًا لعَفِيفَةٍ؛ لأنَّه مَرْذُولٌ[5] مَرْدُودُ الشَّهادَةِ والرِّوايَةِ، غيرُ مأْمُونٍ على النَّفْسِ والمالِ. ولا يكونُ المَوْلَى والعَجَمِىُّ كُفْئًا لعَرَبِيَّةٍ؛ لِما ذكَرْنا مِن قَوْلِ عمرَ. وقال سَلْمَانُ لجَرِيرٍ: إنَّكم - مَعْشَرَ العربِ - لا نتقدَّمُ فى صَلاتِكم، ولا نَنْكِحُ نِساءَكُم، إنَّ اللَّهَ فضَّلكم علينا بمحمدٍ ﷺ وجَعَلَه فيكم[6].

---

(1) فى م: «بنت».

(2) فى: باب الأكفاء فى الدين، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٧/ ٩.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب من حرم به، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٧٥. والنسائى، فى: باب تزوج المولى العربية، من كتاب النكاح. المجتبى ٦/ ٥٣. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى الرضاع بعد الكبر، من كتاب الرضاع. الموطأ ٢/ ٦٠٥.

(3) بعده فى م: «ترض المرأة ولم».

(4) فى الأصل، ف: «كالمتساوين».

(5) سقط من: م.

(6) أخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٢/ ٥٢٠، ٦/ ١٥٤. وسعيد بن منصور، فى: سننه ١/ ١٦٤.

وانظر طرق هذا الأثر والكلام عليه، فى: الإرواء ٦/ ٢٧٨ - ٢٨١.

والعَرَبُ بعضُهم لبعضٍ أكْفَاءٌ ، والعَجَمُ بعضُهم لبعضٍ أكْفَاءٌ ؛ لأنَّ المِقْدَادَ بنَ الأسْوَدِ الكِنْدِيَّ تزوَّجَ ضُبَاعَةَ ابْنَةَ الزُّبَيْرِ عَمِّ[1] رسولِ اللَّهِ ﷺ . وزوَّجَ أبو بَكْرٍ أُخْتَه للأشْعَثِ بنِ قَيْسٍ الكِنْدِيِّ ، وزوَّجَ عليٌّ ابْنَتَه أُمَّ كُلْثُومٍ عُمَرَ بنَ الخَطَّابِ . وعنه ، أنَّ غيرَ قُرَيْشٍ لا يُكافِئُهم ، وغيرَ بَنِي هاشِمٍ لا يُكافِئُهم ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « إنَّ اللَّهَ اصْطَفَى [٢٧٩ظ] كِنَانَةَ مِنْ وَلَدِ إسْمَاعِيلَ ، واصْطَفَى مِن كِنَانَةَ قُرَيْشًا ، واصْطَفَى مِن قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ ، واصْطَفَانِي مِنْ بَنِي هَاشِمٍ »[2] .

واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ في ثَلاثَةِ أُمورٍ ؛ أحدُها ، الحُرِّيَّةُ ، فرُوِيَ أنَّها ليست شَرْطًا في الكَفاءَةِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لبَرِيرَةَ حينَ عتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، فاخْتارَتْ فُرْقَتَه : « لَوْ رَاجَعْتِيه » . قالَتْ : أتَأْمُرُنِي يا رسولَ اللَّهِ؟ قال : « لَا ، إنَّمَا أنَا شَفِيعٌ »[3] . ومُراجَعَتُها له ابْتِداءُ نِكاحِ عَبْدٍ لحُرَّةٍ . ورُوِيَ أنَّها

---

(١) في ف : « عمة » ، وفي م : « ابن عمة » .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب فضل نسب النبي ﷺ ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤/ ١٧٨٢. والترمذي ، في : باب في فضل النبي ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذي ١٣/ ٩٤، ٩٥. والإمام أحمد ، في : المسند ٤/ ١٠٧.

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب في خيار الأمة تحت العبد ، وباب شفاعة النبي ﷺ في زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧/ ٦١، ٦٢. وأبو داود ، في : باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/ ٥١٧. والنسائي ، في : باب شفاعة الحاكم للخصوم قبل فصل الحكم ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٨/ ٢١٥. وابن ماجه ، في : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٧١. والدارمي ، في : باب في تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ٢/ ١٧٠. والإمام أحمد ، في : المسند ١/ ٢١٥، ٢٨١، ٣٦١. كلهم من حديث ابن عباس .

شَرْطٌ . وهى أصَحُّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ خَيَّر بَرِيرَةَ حينَ عَتَقَتْ تحتَ العَبْدِ[1] . فإذا ثبتَ[2] الخِيارُ بالحُرِّيَّةِ الطارِئَةِ ، فالسَّابِقَةُ أوْلَى ، ولأنَّ فيه نَقْصًا فى المَنْصِبِ والاسْتِمْتاعِ والإنْفاقِ ، ويَلْحَقُ به العارُ ، فأَشْبَهَ عدَمَ المَنْصِبِ .

والثانى ، اليَسارُ ، ففيه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، هو مِن شُروطِ الكَفاءَةِ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « الحَسَبُ المَالُ »[3] . وقال : « إنَّ أَحْسابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ هذا[4] المالُ » . [5]رَواه النَّسائِىُّ بمَعْناه[5] . ولأنَّ على المُوسِرَةِ ضَررًا فى إعْسارِ زَوْجِها ؛ لإخْلَالِه بنفَقَتِها ونفقَةِ ولَدِها . والثانيةُ ، ليس منها ؛ لأنَّ الفَقْرَ شَرَفٌ فى الدِّينِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِى مِسْكِينًا ، وأَمِتْنِى مِسْكِينًا » . [6]رَواه التِّرْمِذِىُّ[6] . وليس هو أمْرًا لازِمًا ، فأَشْبَهَ العافِيَةَ مِن المَرَضِ . واليَسارُ المُعْتَبَرُ ما يَقْدِرُ به على الإنْفاقِ عليها[7] حسَبَ ما يَجِبُ لها .

---

(١) انظر حديث ابن عباس المتقدم ،وانظر ما يأتى تخريجه فى صفحة ٣٠٢. من حديث عائشة .

(٢) بعده فى م : « لها » .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الحجرات ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢/ ١٥٨. وابن ماجه ، فى : باب الورع والتقوى ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢/ ١٤١٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٠. وصححه فى الإرواء ٦/ ٢٧١، ٢٧٢.

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) زيادة من : م .

والحديث أخرجه النسائى ، فى : باب الحسب ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٥٣.

كما أخرجه الحاكم ، فى : باب تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء ...، من كتاب النكاح . المستدرك ٢/ ١٦٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٣٥٣، ٣٦١.

(٦ - ٦) سقط من : ف .

والحديث تقدم تخريجه فى ٢/ ١٩٥.

(٧) فى ف : « على » .

والثالِثُ ، الصِّناعَةُ ، وفيها رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، أنَّ أصْحابَ الصَّنائعِ الدَّنِيئَةِ لا يُكافِئون مَن هو أعْلَى منهم ؛ فالحائِكُ ، والحَجَّامُ ، والكَسَّاحُ ، والزَّبَّالُ ، وقَيِّمُ الحَمَّامِ ، لا يكونُ كُفْئًا لِمَن هو أعْلَى منه ؛ لأنَّه نَقْصٌ فى عُرْفِ الناسِ ، وتُعَيَّرُ[١] به المرأةُ ، فأَشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ . والثانيةُ ، ليس هذا شَرْطًا ؛ لأنَّه ليس بنَقْصٍ فى الدِّينِ ، ولا هو بلازِمٍ ، فأَشْبَهَ المرضَ ، وقد أنْشَدُوا[٢] :

وليْسَ عَلَى عَبْدٍ تَقِيٍّ نَقِيصَةٌ   إذا حَقَّقَ التَّقْوَى وإنْ حَاكَ أو حَجَمْ

فصل : ويُسْتَحَبُّ إعْلانُ النِّكاحِ ، والضَّرْبُ[٣] عليه بالدُّفِّ ؛ لِما روَى محمدُ بنُ حاطِبٍ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « فَصْلُ مَا بَيْنَ الحَلَالِ والحَرَامِ الصَّوْتُ والدُّفُّ فِى النِّكاحِ » . روَاه النَّسائِىُّ[٤] . فإن أسَرُّوه وتَواصَوْا بكِتْمانِه ، كُرِهَ ذلك ، وصَحَّ النِّكاحُ . وقالَ أبو بكرٍ[٥] : لا يَصِحُّ ؛ للحديثِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَيْنِ[٦] » .

---

(١) فى م: « تتعير » ، وفى ف : « تتغير » .

(٢) البيت لأبى العتاهية فى ديوانه ٢٤٣. وانظر : أبو العتاهية أشعاره وأخباره ٣٤٨، ٣٤٩.

(٣) فى ف : « الصوت » .

(٤) فى : باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ١٠٤.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/ ٣٠٧. وابن ماجه ، فى : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١١. الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤١٨، ٤/ ٢٥٩. وحسنه فى الإرواء ٧/ ٥٠، ٥١.

(٥) فى الأصل : « الخطاب » .

(٦) فى م : « شاهدى عدل » .

والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٧، ٢٣٨.

مفْهُومُه صِحَّتُه بهما، والحديثُ مَحْمُولٌ على النَّدْبِ جَمْعًا بينَ الخَبَرَيْنِ، ولأنَّ إعْلانَ النِّكاحِ والضَّرْبَ[(1)] عليه بالدُّفِّ، إنَّما يكونُ بعدَ[(2)] العَقْدِ وصِحَّتِه، ولو كانَ شَرْطًا لاعْتُبِرَ حالَ العَقْدِ، كسائرِ شُروطِه.

وقال أحمدُ: لا بَأْسَ بالغَزَلِ[(3)] فى العُرْسِ؛ لقولِ[(4)] النبيِّ ﷺ للأنْصارِ: «أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ، (5)فَحَيُّونَا نُحَيِّيكُمْ(5)، لوْلَا الذَّهَبُ الأَحْمَرُ، مَا حُلَّتْ بَوَادِيكُمْ[(6)]، ولوْلَا (7)الحَبَّةُ السَّوْدَاءُ(7)، مَا سُرَّتْ[(8)] عَذَارِيكُم[(9)]».

فصل: ويُسْتَحَبُّ عَقْدُه يومَ الجُمُعَةِ؛ [٢٨٠و] لأنَّ جماعَةً مِن السَّلَفِ كانُوا يُحِبُّونَ[(10)] ذلك. (11)والمِسَاءُ به(11) أَوْلَى؛ لِمَا رَوَى أبو حَفْصٍ بإسْنادِه

---

(1) فى ف: «الصوت».

(2) فى ف: «بعقد».

(3) فى ف: «بالقول».

(4) فى الأصل، ف: «قول».

(5 - 5) فى م: «فحيانا وحياكم».

(6) فى م: «نواديكم».

(7 - 7) فى م: «الحنطة السمراء».

(8) فى م: «سمنت».

(9) فى م: «عذاراكم».

والحديث أخرجه الطبرانى فى الأوسط ٤/ ١٦٥، من حديث عائشة. وفى: ٧/ ١١٢، من حديث أنس بن مالك. وله شاهد عند ابن ماجه، فى: باب الغناء والدف، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/ ٦١٣. والإمام أحمد، فى: المسند٣/ ٣٩١. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ٢٨٩. وأصل الحديث أخرجه البخارى، فى: باب النسوة اللاتى يهدين المرأة إلى زوجها، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٧/ ٢٨. وانظر الإرواء ٧/ ٥١، ٥٢.

(10) فى ف: «يستحبون».

(11 - 11) فى ف، م: «المساية».

عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال: «مَسُّوا بالإمْلَاكِ؛ فإنَّهُ أعْظَمُ للبرَكَةِ»[1].

ويُسْتَحَبُّ تقْدِيمُ الخُطْبَةِ بينَ يدَيِ النِّكاحِ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ: «كُلُّ أَمْرٍ ذِى بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بالحَمْدِ للَّهِ، فَهُوَ أَقْطَعُ»[2]. ويُسْتَحَبُّ أن يَخْطُبَ بخُطْبَةِ ابنِ مَسْعُودٍ التى قال: علَّمَنا رسولُ اللَّهِ ﷺ التَّشَهُّدَ فى الحاجَةِ: «إنَّ الحَمْدَ للَّهِ، نَحْمَدُه ونَسْتَعِينُه، ونَسْتَغْفِرُه، ونَعُوذُ باللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، ومَنْ يُضْلِلْ فَلَا هَادِىَ لَهُ، وأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ[3]، وأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُه ورَسُولُه». ويَقْرأُ ثلاثَ آياتٍ: ﴿اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ﴾[4]. ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِى تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[5]. ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾ الآيةَ[6]. [7]رواه التِّرْمِذِىُّ، وقال: حديثٌ حسنٌ[7]. وهذا

(١) لم نجده.

(٢) تقدم تخريجه فى ١/٤٩٣، ٤٩٤.

(٣) بعده فى م: «وحده لا شريك له».

(٤) سورة آل عمران ١٠٢.

(٥) سورة النساء ١.

(٦) سورة الأحزاب ٧٠، ٧١.

(٧ - ٧) سقط من: ف.

والحديث أخرجه الترمذى، فى باب ما جاء فى خطبة النكاح، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٥/١٩- ٢١.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى خطبة النكاح، من كتاب النكاح. سنن أبى داود =

ليس بواجِبٍ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال لخاطِبِ الواهِبَةِ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا[1] مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ »[2] . ولم يذْكُرْ خُطْبَةً .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يُقالَ للمُتَزَوِّجِ ما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ كانَ إذا رَفَّأَ الإنْسانَ إذا تزوَّجَ ، قال : « بَارَكَ اللَّهُ لَكَ ، وَبَارَكَ عَلَيْكَ ، وجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِى خَيْرٍ[3] » . روَاه أبو

= ١/ ٤٨٩. والنسائى ، فى باب كيفية الخطبة ، من كتاب الجمعة . المجتبى ٣/ ٨٥، ٨٦. وابن ماجه ، فى باب خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٩. والدارمى ، فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢.

(١) فى ف : « لما » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى باب وكالة الامرأة الإمام فى النكاح ، من كتاب الوكالة ، وفى باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ، وباب القراءة عن ظهر قلب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى باب تزويج المعسر ...، وباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، وباب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، وباب إذا كان الولى هو الخاطب ، وباب السلطان ولى ، وباب إذا قال الخاطب للولى : زوجنى فلانة ...، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خاتم الحديد ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٣/ ١٣٢، ٦/ ٢٣٦، ٢٣٧، ٧/ ٨، ١٧، ١٩، ٢٢ - ٢٤، ٢٦، ٢٠٢. ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٤١. وأبو داود ، فى : باب فى التزويج على العمل يعمل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٧. والترمذى ، فى : باب منه [ما جاء فى مهور النساء] ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٤، ٣٥. والنسائى ، فى : باب الكلام الذى ينعقد به النكاح ، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٧٦، ١٠٠، ١٠١. وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٨. والدارمى ، فى : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٣٣٤، ٣٣٦.

(٣) بعده فى الأصل ، ف : « وعافية » .

داودَ[1] . وإذا زُفَّتْ إليه قال ما روَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبِيه ، عن جَدِّه ، عن النبيِّ ﷺ قال : « إذَا تَزَوَّجَ أحَدُكُم امْرَأَةً ، أو اشْتَرَى خَادِمًا ، فَلْيَقُل[2] : اللَّهُمَّ إنِّى أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا ، وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَها علَيْهِ ، وأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا ، وشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عليه » . [3]رَواه أبو داودَ[3] . وعن أبى سعيدٍ مَوْلَى أبى أُسَيْدٍ أنَّه تزَوَّجَ ، فحَضَرَه عبدُ اللَّهِ بنُ مسعودٍ ، وأبو ذَرٍّ ، وحُذَيْفَةُ ، وغيرُهم مِن أصْحابِ رسولِ اللَّهِ ﷺ فقالوا له : إذا دَخَلْتَ على أَهْلِكَ فَصَلِّ رَكْعَتَيْن ، ثم خُذْ بِرَأْسِ أهْلِكَ فقل : اللَّهُمَّ بَارِكْ لى فى أهْلِى ، وبَارِكْ لأَهْلِى فِيَّ ، و[4]ارْزُقْنِى منهم . ثم شَأْنَك وشَأْنَ أهْلِكَ[5] .

فصل : ويُسْتَحَبُّ لِمَن أراد التَّزَوُّجَ[6] أن يَخْتارَ ذاتَ الدِّينِ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « تُنْكَحُ المرأةُ لِمَالِها ، ولِحَسَبِهَا ، ولِجَمَالِها ، ولِدِينِهَا ، فاظْفَرْ بِذَاتِ

---

(1) فى : باب ما يقال للمتزوج ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩١.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فيما يقال للمتزوج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/ ٣١١. وابن ماجه ، فى : باب تهنئة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٤. والدارمى ، فى : باب إذا تزوج الرجل ما يقال له ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٨١.

(2) فى الأصل : « قال» .

(3 - 3) زيادة من : م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٨.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفى باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٧، ٦١٨، ٢/ ٧٥٧.

(4) فى الأصل : « ثم » .

(5) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢/ ٣٩١، ٦/ ١٩١، ١٩٢.

(6) فى الأصل : « التزويج » .

الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ » . [(1)]مُتَّفَقٌ عليه[(1)] . ويَخْتارُ الجميلةَ ؛ لأنَّه أسْكَنُ لنفْسِه ، وأغَضُّ لبَصَرِه ، وأدْوَمُ لمَوَدَّتِه ، ولذلك شُرِعَ النَّظَرُ قبلَ النِّكاحِ ، وروَى سعيدٌ[(2)] بإسْنادِه أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « خَيْرُ فَائِدَةٍ[(3)] أَفَادَهَا المَرْءُ المُسْلِمُ بَعْدَ إسْلَامِه امْرَأَةٌ جَمِيلَةٌ ، تَسُرُّهُ إِذَا نَظَر إِلَيْهَا ، وَتُطِيعُه إِذَا أَمَرَهَا ، وتَحْفَظُه فِي غَيْبَتِه فِي مَالِه ونَفْسِها » . ويتَخَيَّرُ الحَسِيبَةَ ؛ ليَنْجُبَ وَلَدُها ، وقد رُوِيَ عن عائشةَ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُمْ ، وانْكِحُوا الأَكْفَاءَ ، وأنْكِحُوا إِلَيْهِمْ »[(4)] . ويَخْتارُ البِكْرَ ؛ لِما رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « عَلَيْكُمْ بِالأَبْكَارِ ؛ فَإِنَّهُنَّ أَعْذَبُ أَفْوَاهًا ، و [(5)]أَفْتَحُ أَرْحَامًا » . روَاه الإمامُ أحْمَدُ . وفى لَفْظٍ[(5)] :

(1 - 1) سقط من : ف .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب الأكفاء فى الدين ...، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٩. ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٦، ١٠٨٧.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٢. والترمذى ، فى : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/ ٣٠٦. والنسائى ، فى : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٥٤، ٥٦. وابن ماجه ، فى : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٧. والدارمى ، فى : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٢٨، ٣/ ٨٠، ٨١، ٦/ ١٥٢.

(2) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد ١/ ١٤١.

(3) فى الأصل : « إفادة » .

(4) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٣. وضعف إسناده فى مصباح الزجاجة ٢/ ١٠٩.

(5 - 5) سقط من : م .

ولم نجده فى المسند .

« أَنْتَقُ[1] أرْحَامًا ، وأرضَى باليَسِيرِ » . رَواه ابنُ ماجه[2] . ويَخْتارُ الوَلُودَ ؛ لِما رُوِىَ عن [3]أَنَسٍ قال : كان رسولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ[3] : [٢٨٠ظ] « تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ ، فإنِّى مُكَاثِرٌ بِكُمُ[4] يَوْمَ القِيَامَةِ » . رَواه سعيدٌ[5] . ويَخْتارُ ذاتَ العَقْلِ ، ويَجْتَنِبُ الحَمْقَاءَ ؛ لأَنَّه رُبَّما تعَدَّى ذلك إلى ولَدِها . وقد قيلَ : اجْتَنِبُوا الحَمْقَاءَ ، فإنَّ ولَدَها ضَياعٌ ، وصُحْبَتَها بَلاءٌ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَخْتارُ الأَجْنَبِيَّةَ ؛ لأنَّ ولَدَها أَنْجَبُ ، وقد قيلَ : إنَّ الغَرائِبَ أَنْجَبُ ، وبناتِ العَمِّ أَصْبَرُ .

---

(١) أنتق أرحاما : أكثر أولادا .

(٢) فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٨.

كما أخرجه الطبرانى ، فى : الكبير ١٧/ ١٤١. والبغوى ، فى : شرح السنة ٩/ ١٥.

والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٨١.

(٣ - ٣) فى م : « عن النبى ﷺ أنه قال » .

(٤) بعده فى الأصل : « الأمم » .

(٥) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد ١/ ١٣٩.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١٥٨، ٢٤٥.

بابُ ما يَحْرُمُ مِن النِّكاحِ

المحَرَّماتُ فى النِّكاحِ عَشَرَةُ أنْواعٍ[1] ؛ أحدُها ، المحَرَّماتُ بالنَّسَبِ ، وهُنَّ سَبْعٌ ، ذَكَرَهُنَّ اللَّهُ سبحانه وتعالى بقولِه : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾[2] . فالأُمَّهاتُ كلُّ امرأةٍ انْتَسَبْتَ إليها بوِلادَةٍ ؛ وهى الأُمُّ ، والجَدَّاتُ مِن جِهَةِ الأُمِّ وجِهَةِ الأبِ وإن عَلَوْنَ . والبَناتُ كلُّ مَن انْتَسَبَتْ[3] إليك بوِلَادَةٍ ؛ وهى ابْنَةُ الصُّلْبِ وأَوْلادُها[4] ، وأوْلادُ البَنِين وإن نزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ . والأُخْتُ مِن الجِهَاتِ الثَّلاثِ . والعَمَّاتُ كُلُّ مَن أَدْلَتْ بالعُمُومَةِ مِن أَخواتِ الأَبِ وأَخواتِ الأَجْدَادِ وإن عَلَوْا[5] ، مِن جِهَةِ الأبِ والأُمِّ . والخَالَاتُ كلُّ مَن أدْلَتْ[6] بالخُئُولَةِ مِن أخواتِ الأُمِّ وأخواتِ الجَدَّاتِ وإن عَلَوْنَ ، مِن جِهَةِ الأبِ والأمِّ . وبَناتُ الأخِ كلُّ مَن يَنْتَسِبُ[7]

---

(١) فى م : « أشياء » .

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) فى م : « انتسب » .

(٤) فى الأصل : « أولادهن » .

(٥) فى م : « علون » .

(٦) فى ف ، م : « أدلى » .

(٧) فى الأصل : « ينسب » ، وفى ف : « انتسب » .

ببُنُوَّةِ الأخِ مِن أوْلادِه وأوْلادِ أوْلادِه الذُّكورِ والإناثِ وإن [(1]نَزَلْنَ، و[1)] بناتُ [(2]الأُخْتِ كذلك[2)]؛ لأنَّ الاسْمَ يُطْلَقُ[3] على البعيدِ والقريبِ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿ يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ ﴾[4]. و﴿ يَٰبَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ ﴾[5]. وقال تعالى: ﴿ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ ﴾[6]. وقال النبيُّ ﷺ لبعضِ أصْحابِه: «ارْمُوا[7] بَنِي إسْمَاعِيلَ، فإنَّ أبَاكُمْ كان رَامِيًا»[8].

ولا فَرْقَ بينَ النَّسَبِ الحاصِلِ بنِكاحٍ، أو مِلْكِ يَمِينٍ، أو وَطْءِ شُبْهَةٍ أو حرامٍ، فتَحْرُمُ عليه ابْنَتُه مِن الزِّنى؛ لدُخُولِها فى عُمومِ اللَّفْظِ، ولأنَّها مَخْلُوقَةٌ مِن مَائِه، فحَرُمَتْ[9]، كتَحْرِيمِ الزَّانِيَةِ على ولَدِها.

وتَحْرُمُ المَنْفِيَّةُ باللِّعانِ؛ لأنَّها رَبِيبَتُه، ولاحْتِمالِ أنَّها ابْنَتُه.

(1 - 1) فى م: «نزلت درجتهن وكذلك».

(2 - 2) فى م: «الأخ».

(3) فى الأصل، م: «ينطلق».

(4) سورة الأعراف ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥، سورة يس ٦٠.

(5) سورة البقرة ٤٠، ٤٧، ١٢٢، سورة المائدة ٧٢، سورة طه ٨٠، سورة الصف ٦.

(6) سورة الحج ٧٨.

(7) بعده فى الأصل: «يا».

(8) أخرجه البخارى، فى: باب التحريض على الرمى، من كتاب الجهاد، وفى: باب قول الله تعالى: ﴿واذكر فى الكتاب إسماعيل ...﴾، من كتاب الأنبياء، وفى باب نسبة اليمن إلى إسماعيل، من كتاب المناقب. صحيح البخارى ٤/ ٤٥، ١٧٩، ٢١٩. وابن ماجه، فى: باب الرمى فى سبيل الله، من كتاب الجهاد. سنن ابن ماجه ٢/ ٩٤١. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٣٦٤، ٤/ ٥٠.

(9) بعده فى الأصل: «عليه».

فصل : النوعُ الثانى ، المُحَرَّمَاتُ بالرَّضاعِ ، وهُنَّ مثلُ المُحَرَّمَاتِ بالنَّسَبِ سَواءً[(١)] ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾[(٢)] . نَصَّ على هاتَيْنِ ، وقِسْنَا عليهما سائرَ المُحَرَّماتِ بالنَّسَبِ[(١)] . وقالَ النبىُّ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[(٣)] .

فصل : النوعُ الثالثُ ، المُحَرَّمَاتُ بالمُصاهَرَةِ ، وهُنَّ أرْبَعٌ ؛ أُمَّهاتُ النِّساءِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ ﴾[(٢)] . فمتى عَقَد النِّكاحَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) أخرجه البخارى ، فى باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ...، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وباب لا تنكح المرأة على عمتها ، وباب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/ ٢٢٢، ٤/ ١٠٠، ٧/ ١٢، ١٥، ٤٩. ومسلم ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، وباب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٦٨، ١٠٧٠، ١٠٧١.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٤. والنسائى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٨٢، ٨٣. وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٣. والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٦. والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ما جاء فى الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢/ ٦٠١، ٦٠٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٤، ٥١، ٦٦، ٧٢، ١٠٢، ١٧٨.

على امرأةٍ ، حَرُم عليه جميعُ أُمَّهاتِها مِن النَّسَبِ والرَّضاعِ وإن عَلَوْنَ ، [٢٨١و] (١على ما١) ذكَرْنا . وسَواءٌ دَخَل بالمرأةِ أو لم يدْخُلْ ؛ لعُمومِ اللَّفْظِ فيهِنَّ ، ولِما روَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً ، دَخَلَ بِهَا أو لم يَدْخُلْ ، فلَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ أُمِّها » . رَواه ابنُ ماجه[٢] . الثانيةُ ، الرَّبائِبُ ، وهُنَّ بَناتُ النِّساءِ ، ولا تَحْرُمُ رَبِيبَتُه إلَّا أن يدْخُلَ بأُمِّها ، فإن فارَق أُمَّها قبلَ أن يدْخُلَ بها ، حَلَّتْ له ابْنَتُها ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمۡ تَكُونُواْ دَخَلۡتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ ﴾[٣] . وإن ماتَتْ قبلَ دُخولِه بها ، لم تَحْرُمِ ابْنَتُها ؛ للآيَةِ . وعنه ، تَحْرُمُ ؛ لأنَّ الموتَ أُقِيمَ مُقامَ الدُّخولِ فى تَكْمِيلِ الصَّداقِ والعِدَّةِ ، فكذا هٰهنا . وإن خَلا بها ثم طَلَّقها ، ولم يَطأْها ، فعنه ، تَحْرُمُ ابْنَتُها ؛ لذلك[٤] . وقال القاضى : وهذا مَحْمُولٌ على أنَّه حَصَل نَظَرٌ لشَهْوَةٍ أو مُباشَرَةٌ ، فيُخَرَّجُ كلامُه على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، فأمَّا مع عدمِ ذلك ، فلا تَحْرُمُ ؛ لأنَّ الدُّخولَ كِنايَةٌ عن الجِمَاعِ ، ولم يُوجَدْ . والنَّسَبُ والرَّضَاعُ فى

(١ - ١) فى الأصل : « كما » .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ...، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٤١ . وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٧٦ . وهذا لفظه . وابن عدى ، فى : الكامل ٤/ ١٤٦٩ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٦٠ . وضعفه الألبانى فى الإرواء ٦/ ٢٨٦، ٢٨٧ .

وليس الحديث عند ابن ماجه .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) فى م : « كذلك» .

هذا سَواءٌ. الثالثةُ، حلائلُ الأَبْناءِ، وهُنَّ زَوْجاتُ أَبْنائِه، وأَبْناءِ أَبْنائِه [١] وبَناتِه [١]، وإن سَفَلُوا، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [٢]. ويَحْرُمْنَ بمُجَرَّدِ العَقْدِ؛ لعُمومِ الآيَةِ فِيهِنَّ. الرابعةُ، زَوْجاتُ الأَبِ القريبِ والبعيدِ، مِن قِبَلِ الأَبِ والأُمِّ، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ، يَحْرُمْنَ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ﴾ [٣]. وسَواءٌ دَخَل بهِنَّ أو لم يَدْخُلْ؛ لعُمومِ الآيَةِ.

فصل: وكلُّ مَن ذكَرْنا مِن المُحَرَّماتِ مِن النَّسَبِ والرَّضاعِ، تَحْرُمُ ابْنَتُها وإن نزَلَتْ درَجَتُها، إلَّا بَناتِ العَمَّاتِ والخَالاتِ، فإنَّهُنَّ مُحَلَّلاتٌ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ﴾ [٤]. وكذلك بناتُ مَن نكَحَهُنَّ الآباءُ والأَبْناءُ، فإنَّهُنَّ مُحَلَّلاتٌ، فيجوزُ للرجلِ نِكاحُ رَبِيبَةِ أَبِيه وابْنِه؛ لقَوْلِه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ [٥].

فصل: ومَن حَرُم نِكاحُها، حَرُم وَطْؤُها بمِلْكِ اليَمِينِ؛ لأَنَّه إذا حَرُم النِّكاحُ لكَوْنِه طرِيقًا إلى الوَطْءِ، فتَحْرِيمُ الوَطْءِ أَوْلَى. وكلُّ مَن حَرَّمها النِّكاحُ مِن أُمَّهاتِ النِّساءِ وبَناتِهِنَّ، وحلائلِ الآباءِ والأَبْناءِ، حَرَّمها الوَطْءُ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) سورة النساء ٢٢.

(٤) سورة الأحزاب ٥٠.

(٥) سورة النساء ٢٤.

فى مِلْكِ اليَمِينِ والشُّبْهَةِ والزِّنَى لذلك[1] ، ولأنَّ الوَطْءَ آكَدُ فى التَّحْرِيمِ مِن العَقْدِ ، ولذلك[1] تَحْرُمُ به الرَّبِيبَةُ ، ولأنَّه سببٌ للبَعْضِيَّةِ ، أشْبَهَ الوَطْءَ فى النِّكاحِ .

ولا فَرْقَ بينَ الوَطْءِ فى القُبُلِ والدُّبُرِ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما وَطْءٌ فى فَرْجٍ يجبُ[2] الحَدُّ بجِنْسِه ، فاسْتَوَيَا فى التَّحْرِيمِ به . وإن وَطِئَ صغيرةً لا تُوطَأُ مِثْلُها ، أو مَيِّتَةً ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ؛ لأنَّه معْنًى يَنْشُرُ الحُرْمَةَ المُؤَبَّدَةَ ، فأَشْبَهَ[3] الرَّضاعَ . والثانى ، لا يَنْشُرُها ؛ لأنَّه ليس بسببٍ للبَعْضِيَّةِ ، أشْبَهَ النَّظَرَ .

وفى القُبْلَةِ واللَّمْسِ لشَهْوَةٍ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ لشَهْوَةٍ ، رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، تُحَرِّمُ ؛ لأنَّها مُباشَرَةٌ لا تُباحُ إلَّا بمِلْكٍ ، فتعَلَّق بها تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ ، [٢٨١ظ] كالوَطْءِ . والثانيةُ ، لا تُحَرِّمُ ؛ لقَوْلِه تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[4] . يريدُ بالدُّخولِ الوَطْءَ .

وإن تلَوَّط بغُلامٍ ، فاخْتارَ أبو الخَطَّابِ أنَّ حُكْمَه فى تَحْرِيمِ المُصاهَرَةِ حُكْمُ المُباشَرَةِ فيما دُونَ الفَرْجِ ؛ لكَوْنِه وَطْئًا فى غيرِ مَحَلِّه . وقال غيرُه مِن

---

(١) فى م : « كذلك » .
(٢) فى الأصل : « يوجب » .
(٣) فى م : « أشبه » .
(٤) سورة النساء ٢٣.

أصْحابِنا: حُكْمُه حكمُ الزِّنى، فيُحَرِّمُ على الواطِئ أُمَّ الغُلامِ وابْنَتَه، (١ويُحَرِّمُ على الغُلامِ أُمَّ الواطِئ وابْنَتَه١)؛ لأنَّه وَطْءٌ فِي(٢) فَرْجِ آدَمِيٍّ، أَشْبَهَ الزِّنَى بالمرأةِ.

وإن وَطِئَ أُمَّ امْرَأتِه أو ابْنَتَها، انْفَسخ النِّكاحُ؛ لأنَّه طرَأ عليها ما يُحَرِّمُها، أشْبَهَ الرَّضَاعَ.

فصل: النوعُ الرابعُ، تَحْرِيمُ الجَمْعِ، وهو ضَرْبانِ: جَمْعٌ حَرُم لأجْلِ النَّسَبِ بينَ المرْأتَيْنِ، وهو ثابِتٌ في أرْبَعٍ؛ بينَ الأُخْتَيْنِ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾(٣). وسَواءٌ كانَتَا(٤) مِن أبَوَيْن، أو مِن أحَدِهما، أو مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ؛ لعُمومِ الآيَةِ في الجميعِ(٥). والثاني، بينَ(٢) الأُمِّ وبِنْتِها؛ لأنَّ تَحْرِيمَ الجَمْعِ بينَ الأُخْتَيْنِ تَنْبِيهٌ على تَحْرِيمِه(٦) بينَ الأُمِّ وبِنْتِها. والثالثُ، الجمعُ بينَ المرْأةِ وعَمَّتِها. الرابعُ، الجمعُ بَيْنَها وبينَ خالَتِها؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ، قال: قال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ المرْأَةِ وعَمَّتِهَا، وَلَا (٧بَيْنَ المرأةِ و٧) خالَتِهَا».

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) سورة النساء ٢٣.

(٤) في ف: «كانا».

(٥) في ف: «الجمع».

(٦) في م: «تحريم الجمع».

(٧ - ٧) في الأصل: «بينها وبين».

مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّهما امْرأتانِ لو كانَتْ إحْداهما ذَكَرًا ، حَرُمَتْ عليه الأُخْرَى ، فحَرُم الجمعُ بَيْنَهما ، كالأُخْتَيْن ، ولأنَّه يُفْضِى إلى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ المُحَرَّمِ ؛ لِما بينَ الزَّوْجاتِ مِن التَّغايُرِ والتَّنافُرِ . والقَرِيبَةُ والبعيدةُ سَواءٌ فى التَّحْريمِ ؛ لتَناوُلِ اللَّفْظِ لهما ، ولأنَّ[2] المحْرَمِيَّةَ ثابتَةٌ بَيْنَهما مع البُعْدِ ، فكذلك تَحْرِيمُ الجَمْعِ .

فإن تزَوَّج أُخْتَيْنِ فى عَقْدٍ واحدٍ ، بَطَل فيهما ؛ لأنَّ إحْداهما ليست أَوْلَى بالبُطْلانِ مِن الأُخْرَى ، فبَطَل فيهما ، كما لو باعَ دِرْهَمًا بدِرْهَمَيْن . وإن تزَوَّج امرأةً وابْنَتَها فى عَقْدٍ واحدٍ ، ففيها وجْهَان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ فيهما ، كالأُخْتَيْن . والثانى ، يَبْطُلُ فى الأُمِّ وحدَها ؛ لأنَّها تَحْرُمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على ابْنَتِها ، والبِنْتُ لا[3] تَحْرُمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، فكانَتِ الأُمُّ أَوْلَى بالبُطْلانِ ، فاخْتَصَّتْ به . وإن تزوَّج امرأةً ، ثم تزوَّج عليها مَن يَحْرُمُ الجَمْعُ

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ١٥. ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٨ - ١٠٣٠.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الجمع بين المرأة وعمتها ، وباب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٧٩، ٨١. وابن ماجه ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢١. والدارمى ، فى : باب الحال التى يجوز للرجل أن يخطب فيها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٦. والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٣٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٦٢، ٤٦٥، ٥١٦، ٥٢٩، ٥٣٢.

(٢) فى الأصل : « إن » .

(٣) سقط من : الأصل .

بَيْنَهما ، لم يَصِحَّ نِكاحُ الثانِيَةِ وحدَها ؛ لأنَّها اخْتَصَّتْ بالجَمْعِ .

فصل : وإن تزوَّج امْرَأةً ، ثم طَلَّقها ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها ، ولا عَمَّتُها ، ولا خالَتُها ، حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها ، رَجْعِيَّةً كانَتْ أو بَائِنًا[1] ؛ لِما رُوِىَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعْ مَاءَه فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[2] . ولأنَّها مَحْبُوسَةٌ عن النِّكاحِ لحقِّه ، فأشْبَهَتِ الرَّجْعِيَّةَ . ولو قال : أخْبَرَتْنِى بانْقِضاءِ عِدَّتِها . فكَذَّبَتْه ، لم يُقْبَلْ قولُه فى إسْقاطِ نفَقَتِها وسُكْنَاها ، ويُقْبَلُ فى سُقُوطِ رَجْعَتِها ؛ لأنَّه يُقِرُّ بسُقُوطِ حقِّه ، وفى جَوازِ نِكاحِ أُخْتِها ؛ لأنَّه حقٌّ للَّهِ تعالى ، وهو مُقَلَّدٌ فيه . ولو أسْلَم زَوْجُ المجُوسِيَّةِ ، أو الوَثَنِيَّةِ ، لم يَحِلَّ له نِكاحُ أُخْتِها حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها . وإن أسْلَمتْ زَوْجَتُه دُونَه ، فنَكَح أُخْتَها ، ثم أسْلَما فى عِدَّةِ الأُولَى ، اخْتارَ منهما واحدَةً ، كما لو تزَوَّجهما[3] معًا ، وإن أسْلَما بعدَ عِدَّةِ الأُولَى ، بانَتْ منه ، والثانيةُ زوجتُه .

فصل : وإن مَلَك [٢٨٢و] أُخْتَيْن ، جاز ؛ لأنَّ المِلْكَ لا يخْتَصُّ مقْصُودُه الاسْتِمْتَاعَ[4] ، ولذلك جاز أن يَمْلِكَ مَن لا تَحِلُّ له ، كالمجُوسِيَّةِ ، وأُخْتِه مِن الرَّضاعِ . وله وَطْءُ إحْداهما أيَّتِهما شاءَ ؛ لأنَّ الأُخْرَى لم تَصِرْ فِراشًا ، فلم يكنْ جامِعًا بَيْنَهما فى الفِرَاشِ ، فإذا وَطِئَها ، حَرُمَتْ أُخْتُها

---

(١) فى م : « بائنة » .

(٢) لا أصل له . انظر : التلخيص الحبير ٣/ ١٦٦، ١٦٧.

(٣) فى الأصل : « تزوجها » .

(٤) فى م : « بالاستمتاع » .

حتى تَحْرُمَ المَوْطُوءَةُ بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تَزْوِيجٍ ، ويَعْلَمَ أَنَّها ليست حامِلًا ؛ لِئَلَّا يكونَ جامِعًا بَيْنَهما فى الفِرَاشِ ، أو[1] جامِعًا ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْن . فإن عَزَلها عن فِرَاشِه واسْتَبْرَأَها ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ عَوْدُه إليها ، فيكونُ جامِعًا بَيْنَهما . وإن رَهَنها ، أو[2] ظاهَرَ منها ، لم تَحِلَّ أُخْتُها ؛ لأنَّه متى شاءَ فَكَّ الرَّهْنَ ، وكَفَّر ، فأَحَلَّها . وكذلك إن كاتَبَها ؛ لأنَّه بسَبِيلٍ مِن حِلِّها بما لا يَقِفُ على غيرِهما ، فأشْبَهَ ما لو رَهَنها .

ورُوِىَ عن أحمدَ أنَّه لا يَحْرُمُ الجمعُ بينَ الأمتَيْنْ[3] فى الوَطْءِ ، وإنَّما يُكْرَهُ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾[4] . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لأَنَّه إذا حَرُم الجَمْعُ فى النِّكاحِ لكَوْنِه طريقًا إلى الوَطْءِ ، ففى الوَطْءِ أَوْلَى .

وإن تزوَّج امْرأَةً ، ثم مَلَك أُخْتَها ، جازَ ، ولا تَحِلُّ له الأمَةُ ؛ لأَنَّ أُخْتَها على فِرَاشِه ، فإن وَطِئها ، لم تَحِلَّ له الزَّوْجَةُ حتى يَسْتَبْرِئَ الأَمَةَ . ويَحْتَمِلُ أن تَحْرُمَ حتى يُخْرِجَ الأمَةَ عن مِلْكِه أو يُزَوِّجَها ؛ لأنَّها قد صارَتْ فِراشًا .

وإن وَطِئَ أَمَتَه ، ثم تزوَّج أُخْتَها ، فقال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أَنَّ النِّكاحَ لا يصِحُّ ؛ لأَنَّ النِّكاحَ سببٌ تَصِيرُ به فِرَاشًا ، فلم يَجُزْ أن يَرِدَ على فِرَاشِ الأُخْتِ ، كالوَطْءِ . وقال أبو الخَطَّابِ : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه

---

(١) بعده فى م : « يكون » .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣) فى الأصل ، م : « الأختين » .

(٤) سورة النساء ٣.

يَصِحُّ ؛ لأنَّ النِّكاحَ سببٌ يُسْتَباحُ به الوَطْءُ ، فجاز أن يَرِدَ على وَطْءِ الأُخْتِ ، كالشِّراءِ . ولا تَحِلُّ المَنْكُوحَةُ حتى يُحَرِّمَ الأمَةَ بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تَزْوِيجٍ ؛ لِما ذكَرْنا في التى قبلَها .

وإن باعَ المَوْطوءَةَ أو زَوَّجها ، ثم تزَوَّج أُخْتَها ، ثم عادَتِ المَوْطوءَةُ إلى مِلْكِه ، لم تَحِلَّ له ، كما لو اشْتَراها ابْتِداءً ، ولا تَحْرُمُ الزَّوْجَةُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ أقْوَى . وعنه ما يدُلُّ على تحْرِيمِها أيضًا حتى تَخْرُجَ الأمَةُ عن مِلْكِه ؛ لأنَّ هذه فِراشٌ ، والمَنْكُوحَةُ فِراشٌ ، فلا يَحِلُّ وَطْءُ واحدَةٍ منهما ، كما لو كانَتَا أَمَتَيْنِ .

ولو كانَتْ له أمَةٌ يَطَؤُها ، فزَوَّجها ، أو باعَها ، ثم تَسَرَّى أُخْتَها ، فعادَتِ[1] الأُولَى إليه ، لم يُبَحْ له واحدَةٌ منهما حتى تَحْرُمَ الأُخْرَى ؛ لأنَّ الأُولَى عادَتْ إلى الفِرَاشِ ، فاجْتَمَعتا فيه ، فلم يُبَحْ له واحدَةٌ منهما قبلَ إخْراجِ الأُخْرَى عن الفِرَاشِ .

فإن مَلَك أُخْتَيْن ، فوَطِئَهما ، فقد أَتَى مُحَرَّمًا ، ولا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه وَطِئَ مَمْلُوكَتَه ، فأَشْبَهَ وَطْءَ المُظاهَرِ منها ، ولا تَحِلُّ له واحدَةٌ منهما حتى يُحَرِّمَ الأُخْرَى ، كما يُحَرِّمُ وَطْءُ الأُولَى الثانيةَ .

فصل : إذا تزَوَّج أُخْتَيْنِ فى عَقْدَيْن[2] ، ثم جَهِلَ السابقَةَ منهما ، حَرُمَتا جميعًا ؛ لأنَّ المُحَلَّلَةَ اشْتَبَهَتْ[3] بالمُحَرَّمَةِ ، فحَرُمَتا جميعًا ، كما لو

---

(١) فى الأصل : « ثم عادت » .

(٢) فى ف : « عقد » .

(٣) فى الأصل : « اجتمعت » .

اشْتَبهَتْ بأجْنَبِيَّةٍ ، وعليه فِراقُ كُلٍّ واحدَةٍ منهما بطَلْقَةٍ ، لتَحِلَّ لغيرِه ، ويَزُولَ حَبْسُه عنها ، إلَّا أنْ يُرِيدَ إمْساكَ إحْداهما ، فيُطَلِّقَ الأُخْرَى ، ويُجَدِّدَ العَقْدَ للتى يُمْسِكُها . فإن طلَّقَهما جَمِيعًا[1] قبلَ الدُّخولِ ، فعليه نِصْفُ المَهْرِ لإحْداهما ؛ لأنَّ نِكاحَها[2] صحيحٌ ، ولا يُعْلَمُ أيَّتُهما هى ، فيُقْرَعُ بَيْنَهما فيه ؛ لأنَّهما سَواءٌ ، فيُقْرَعُ بَيْنَهما ، كما لو أرادَ السَّفَرَ [٢٨٢ظ] بإحْدَى زَوْجَتَيْه ، فمَن خرَجَتْ لها القُرْعَةُ ، فلها نِصْفُ صَداقِها . وقال أبو بكرٍ : يتوجَّهُ أن لا يلْزَمَه لهما[3] صَداقٌ ؛ لأنَّه مُجْبَرٌ[4] على طَلاقِهما ، فلم يَلْزَمْه صَداقُهما ، كما لو فَسَخَتْ[5] نِكاحَه برَضاعٍ أو غيرِه . قال : وهذا اخْتِيارِى . وإن كانَ دَخَل بهما ، فعليه كمالُ الصَّداقَيْن لهما ، إلَّا أنَّ لإحْداهما المُسَمَّى . وفى الأُخْرَى رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لها المُسَمَّى أيضًا . والثانيةُ ، لها مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه واجِبٌ بالإصابَةِ لا بالعَقْدِ . فإن قُلْنا : يجِبُ مَهْرُ المِثْلِ . أقْرَعْنا بَيْنَهما فيه . وإن أرادَ نِكاحَ إحْداهما ، طَلَّق الأُخْرَى ، وعَقَد النِّكاحَ للثانيةِ ، إلَّا أنَّه إن كان لم يدْخُلْ بواحدَةٍ منهما ، فله أن يَعْقِدَ النِّكاحَ فى الحالِ ، وإن كانَ دَخَل بها[6] ، لم يَعْقِدْه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ؛ لِئَلَّا يكونَ ناكِحًا لإحْداهما فى عِدَّةِ أُخْتِها ، أو ناكِحًا لمُعْتَدَّةٍ مِن وَطْئِه لها

---

(١) فى م : « معا » .

(٢) فى الأصل : « نكاحهما » .

(٣) فى الأصل : « لها » .

(٤) فى ف : « مجبور » .

(٥) فى م : « فسخ » .

(٦) فى الأصل : « بهما » .

فى غيرِ مِلْكِه .

فصل : ولا يَحْرُمُ الجَمْعُ (1 بينَ ابْنَتَي 1) العَمِّ ، ولا ابْنَتَي الخالِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [2] . ولأنَّ إحْداهما لو كانَتْ ذَكَرًا ، حلَّتْ له الأُخرَى . لكنْ يُكْرَهُ ؛ لِما روَى عيسى بنُ طَلْحَةَ قال : نَهى رسولُ اللَّهِ ﷺ أن تُزَوَّجَ المرأةُ على ذى قَرابَتِها ؛ مَخافَةَ القَطِيعَةِ [3] . وهذا مَحْمُولٌ على الكَراهَةِ [4] ؛ لِما ذكَرْناه .

ويجوزُ الجَمْعُ بينَ المرأةِ ورَبِيبَتِها ؛ للآيةِ . وفعَلَه عبدُ اللَّهِ بنُ جَعْفَرٍ ، وعبدُ اللَّهِ بنُ صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ [5] . ويجوزُ للرجلِ أنْ يتزَوَّجَ رَبِيبَةَ ابْنِه ، ورَبِيبَةَ أبِيه ، ورَبِيبَةَ أُمِّه ؛ (6 للآيَةِ ، و 6) لأنَّه لا نسَبَ بَيْنَهما ولا سببٌ مُحَرِّمٌ .

فصل : الضَّرْبُ الثانى : تَحْرِيمُ الجَمْعِ لكَثْرَةِ العَدَدِ ، فلا يحِلُّ للحُرِّ أن يَجْمَعَ بينَ أكْثَرَ مِن أرْبَعِ زَوْجاتٍ [7] ، بلا خِلافٍ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا

(1 - 1) فى الأصل : « بابنتى » .

(2) سورة النساء ٢٤.

(3) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٦٣. وأبو داود ، فى : المراسيل ١٤٢. وانظر : التلخيص الحبير ٣/ ١٦٨.

(4) فى الأصل : « الكراهية » .

(5) عبد اللَّه بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحى المكى أبو صفوان ، من أشراف قريش ، لا صحبة له ، كان سيد أهل مكة فى زمانه لحلمه وسخائه وعقله ، قتل مع ابن الزبير وهو متعلق بأستار الكعبة سنة ثلاث وسبعين . سير أعلام النبلاء ٤/ ١٥٠، ١٥١. العبر ١/ ٨٢.

(6 - 6) سقط من : الأصل .

(7) سقط من : الأصل .

طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[1] . يعْنِى اثْنَتَيْن أو ثلاثًا أو أرْبَعًا . ولأنَّ النبيَّ ﷺ قال لغَيْلَانَ بنِ سَلَمَةَ حينَ أسْلَمَ وتحته عَشْرُ نِسْوَةٍ : « أَمْسِكْ أَرْبَعًا ، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . رَواه التِّرْمِذِيُّ[2] .

وليس للعَبْدِ أن يتزَوَّجَ أكْثَرَ مِن اثْنَتَيْن ؛ لِما رُوِىَ عن الحَكَمِ بنِ عُتَيْبَةَ[3] أنَّه قال : أجْمَعَ أصْحابُ رسولِ اللَّهِ ﷺ على أنَّ العَبْدَ لا يَنْكِحُ إلَّا اثْنَتَيْنِ[4] . ورَوَى الإمامُ أحمدُ أنَّ عُمَرَ سأل الناسَ عن ذلك ، فقالَ عبدُ الرحمنِ بنُ عَوْفٍ : لا يتزَوَّجُ إلَّا اثْنَتَيْنِ[5] . وهذا كان بمَحْضَرٍ مِن[6] الصَّحابَةِ ، فلم يُنْكَرْ ، فكانَ إجْماعًا .

والحُكْمُ فى مَن تزَوَّجَ خَمْسًا ، أو نَكَح خامِسَةً فى عِدَّةِ الرَّابِعَةِ ، ونحوِ

---

(١) سورة النساء ٣.

(٢) فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٦٠، ٦١.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٨. والإمام مالك ، فى : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٨٦. والإمام الشافعى ، فى : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعى٢/ ١٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٤. وصححه فى الإرواء ٦/٢٩١ - ٢٩٥.

(٣) فى م : « عيينة » .

وهو الحكم بن عتيبة الكندى أبو محمد ، مولاهم الكوفى ، الإمام الكبير عالم أهل الكوفة ، كان ثقة ثبتا فقيها ، توفى سنة خمس عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/٢٠٨ - ٢١٣.

(٤) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ١٤٥. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٥٨.

(٥) أخرجه الشافعى من قول عمر ، فى : باب فى العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب مسند الشافعى ٢/ ٥٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٥٨.

(٦) زيادة من : م .

ذلك مِن الفُروعِ، كالحُكْمِ فى الجامِعِ بيـنَ أُخْتَيْنِ على ما مضَى فيه.

فصل: ويُباحُ التَّسَرِّى [(1]مِن الإماءِ[1)] بغيرِ[2] حَصْرٍ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾[3]. ولأنَّ القَسْمَ بَيْنَهُنَّ غيرُ واجِبٍ، فلم يَنْحَصِرْنَ فى عدَدٍ.

وللعَبْدِ أن يتَسَرَّى بإذْنِ سَيِّدِه. نَصَّ عليه أحمدُ؛ لأنَّ ذلكَ قولُ ابنِ عُمَرَ، وابنِ عَبَّاسٍ، [٢٨٣و] ولا يُعْرَفُ[4] لهما مُخالِفٌ[5] فى الصَّحابَةِ، ولأنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ فى النِّكاحِ، فمَلَكَ[6] التَّسَرِّىَ، كالحُرِّ. وإنَّما يَمْلِكُ التَّسَرِّىَ إذا مَلَّكه سَيِّدُه وأذِن له فى التَّسَرِّى. قال القاضى: يجبُ أن يكونَ تَسَرِّى العَبْدِ مَبْنِيًّا على الرِّوايتَيْنِ فى ثُبوتِ المِلْكِ له بتَمْلِيكِ سَيِّدِه؛ لأنَّ الوَطْءَ لا يُباحُ إلَّا بنِكاحٍ أو مِلْكٍ[7]؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾[8].

والمُكاتَبُ كالقِنِّ سواءً؛ لأنَّه عَبْدٌ ما بَقِىَ عليه دِرْهَمٌ. فأمَّا مَن بعضُه حُرٌّ، فإنْ مَلَكَ[9] بجُزْئِه الحُرِّ جارِيَةً، فمِلْكُه تامٌّ، وله الوَطْءُ بغيرِ إذْنِ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) فى م: «من غير».

(٣) سورة النساء ٣.

(٤) فى الأصل: «يعرفون».

(٥) فى الأصل: «مخالفا».

(٦) بعده فى الأصل: «فى».

(٧) بعده فى م: «يمين».

(٨) سورة المؤمنون ٦.

(٩) سقط من: الأصل.

السَّيِّدِ ؛ لقَوْلِه تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[1] . ولأنَّ مِلْكَه عليها تامٌّ . فأمَّا تَزْوِيجُه ، فإنَّه يلْزَمُه حقُوقٌ تتعَلَّقُ بجَمِيعِه ، فاعْتُبِرَ رِضَا السَّيِّدِ به ؛ ليكونَ راضِيًا بتَعَلُّقِ الحقِّ بمِلْكِه .

وإذا تَسَرَّى[2] العبدُ بإذْنِ سَيِّدِه ، ثم رَجَع سَيِّدُه ، لم يكنْ لسيدِه[3] الرُّجوعُ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ به البُضْعَ ، فلم يَمْلِكْ فَسْخَه ، كالنِّكاحِ . وقال القاضى : ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ التَّزْوِيجَ . وله الرُّجُوعُ فى التَّسَرِّى ؛ لأنَّه رُجُوعٌ فيما مَلَّكه لعَبْدِه ، فأَشْبَهَ سائرَ المالِ .

فصل : النَّوْعُ الخامِسُ ، المُحَرَّماتُ لاخْتِلافِ الدِّينِ ، فلا يَحِلُّ لمُسْلِمٍ نِكاحُ كافِرَةٍ غيرِ كِتابِيَّةٍ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[4] . وقولِه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[5] . ولا يَحِلُّ نِكاحُ مُرْتَدَّةٍ وإن تدَيَّنَتْ بدِينِ أهلِ الكتابِ ؛ لأنَّها لا تُقَرُّ على دِينِها ، ولا مَجُوسِيَّةٍ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ لهم[6] كِتابٌ ، ولا كِتابِيَّةٍ أحدُ أبَوَيْها غيرُ[7] كِتابِيٍّ ؛ لأنَّها لم تتمَحَّضْ كِتابِيَّةً ، أشْبَهَتِ المَجُوسِيَّةَ ، ولا مَن يَتَمَسَّكُ بصُحُفِ إبْراهِيمَ وزَبُورِ داودَ ، أو كتابٍ غيرِ التَّوْرَاةِ والإِنْجِيلِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ

---

(١) سورة النساء ٣.
(٢) فى الأصل : « اشترى » .
(٣) فى ف ، م : « له » .
(٤) سورة البقرة ٢٢١.
(٥) سورة الممتحنة ١٠.
(٦) فى ف : « لها » .
(٧) سقط من : الأصل .

تعالى : ﴿أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾[١] . ولأنَّ تلك الكُتُبَ ليست بشَرائِعَ ، إنَّما هى مَواعِظُ وأمْثالٌ .

ويُباحُ نِكاحُ حَرائِرِ الكِتابِيَّاتِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[٢] . وهم اليهودُ والنَّصارَى ومَن وافَقَهم[٣] فى أصْلِ دِينِهم ، ودانَ بالتَّوْراةِ و[٤] الإنْجِيلِ ؛ كالسَّامِرَةِ[٥] ، وفِرَقِ النَّصارَى .

وفى نَصارَى بَنِى تَغْلِبَ رِوايَتانِ ؛ أصَحُّهما[٦] ، إباحَةُ نِسائِهم ؛ لأنَّهُنَّ كِتابِيَّاتٌ ، فيَدْخُلْنَ فى عُمومِ الآيةِ . والثانيةُ ، تَحْرِيمُهنَّ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ دُخُولُهنَّ[٧] فى دِينِهم قبلَ تَبْدِيلِ كتابِهم .

ولا يَحِلُّ لمُسْلِمَةٍ نِكاحُ كافِرٍ بحالٍ ، كِتابِيًّا كان أو غيرَ كِتابِىٍّ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾[٨] . وقوله سبحانه وتعالى : ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ

---

(١) سورة الأنعام ١٥٦.

(٢) سورة المائدة ٥.

(٣) فى الأصل : « يوافقهم » .

(٤) فى ف : « أو » .

(٥) السامرة : قوم من اليهود يخالفونهم فى بعض أحكامهم ، يسكنون جبال بيت المقدس وقرى من أعمال مصر ، ويتقشفون فى الطهارة أكثر من تقشف سائر اليهود . الملل والنحل ١/ ٥١٤، ٥١٥.

(٦) فى م : « إحداهما » .

(٧) فى الأصل : « دخولهم » .

(٨) سورة البقرة ٢٢١.

حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾[1] .

وكلُّ مَن تَحِلُّ حَرائِرُهم بالنِّكاحِ ، حَلَّ وَطْءُ إمَائِهم بمِلْكِ اليَمِينِ ، ومَن حَرُم نِكاحُ حَرائِرِهم ، حَرُم وَطْءُ إمَائِهم بمِلْكِ اليَمِينِ ، بالقِياسِ على المُحَرَّماتِ بالرَّضاعِ .

فصل : النوعُ السادسُ ، التَّحْريمُ لأجْلِ الرِّقِّ ، وهو ضَرْبان ؛ أحدُهما ، تَحْرِيمُ الإماءِ ، وهُنَّ نَوْعانِ ؛ كِتابِيّاتٌ ، فلا يَحِلُّ لمُسْلِمٍ نِكاحُهُنَّ ولو كان عَبْدًا . وعنه ، يجوزُ . والأوَّلُ [٢٨٣ظ] المَذْهَبُ[2] ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾[3] . فشَرَط فى إباحَتِهِنَّ إيمانَهُنَّ ، ولأنَّهُنَّ ناقِصاتٌ مِن وَجْهَيْن ، أَشْبَهَ المُشْرِكاتِ . والثانى ، الأمَةُ المُسْلِمَةُ ، فللعبدِ نِكاحُها ؛ لأنَّها تُساوِيه . ولا يَحِلُّ لحُرٍّ نِكاحُها إلَّا بشَرْطَيْنِ ؛ عَدَمُ الطَّوْلِ ، وهو العَجْزُ عن نِكاحِ حُرَّةٍ ، أو شِراءِ[4] أمَةٍ . والثانى ، خَشْيَةُ العَنَتِ ، وهو الزِّنَى ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ . إلى قولِه : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ . فإن أمْكَنه نِكاحُ حُرَّةٍ كتابِيَّةٍ ، لم تَحِلَّ له الأمَةُ

---

(١) سورة الممتحنة ١٠.

(٢) سقط من : الأصل ، وفى الحاشية « لعله أصح » .

(٣) سورة النساء ٢٥.

(٤) فى ف : « تسرى » .

المُسْلِمَةُ ؛ لأنَّه لا يَخْشَى العَنَتَ ، ولأنَّه أمْكَنه صِيانَةُ وَلَدِه عن الرِّقِّ ، فحَرُم عليه إرْقاقُه ، كما لو قَدَر على نِكاحِ مُؤْمِنَةٍ .

وإن تزَوَّج أمَةً تَحِلُّ له ، ثم وَجَد الطَّوْلَ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، نِكاحُه باقٍ . اخْتارَه الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّ زَوالَ الشَّرْطِ بعدَ العَقْدِ لا يُبْطِلُه ، كما لو أَمِنَ العَنَتَ . والثانى ، يَبْطُلُ ؛ لأنَّه أُبِيح للضَّرُورَةِ ، فزَالَ بزَوالِها ، كأَكْلِ المَيْتَةِ . وإن تزَوَّج حُرَّةً على أمَةٍ ، فهل يَبْطُلُ نِكاحُ الأمَةِ ؟ على رِوايتَيْنِ كذلك .

فإن تزَوَّج حُرَّةً تُعِفُّه وأمَةً فى عَقْدٍ واحدٍ ، فَسَد نِكاحُ الأمَةِ ؛ لعَدَمِ شَرْطِه ، وهو عدَمُ طَوْلِ الحُرَّةِ . وفى نِكاحِ الحُرَّةِ رِوايَتانِ ، أصْلُهما تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ . وكذلك الحُكْمُ فى كُلِّ عَقْدٍ جَمَع فيه بينَ مُحَلَّلَةٍ ومُحَرَّمَةٍ ، كأَجْنَبِيَّةٍ وأُخْتِه مِن الرَّضاعِ . فإن كانتِ الحُرَّةُ لا تُعِفُّه ، ولم يتَمَكَّنْ مِن نِكاحِ حُرَّةٍ تُعِفُّه ، ففى نِكاحِ الأمَةِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه واجِدٌ لطَوْلِ حُرَّةٍ . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه خائفُ العَنَتِ ، عادِمٌ لطَوْلِ حُرَّةٍ تُعِفُّه ، فحَلَّتْ له الأمَةُ ، كالعاجِزِ عن نِكاحِ حُرَّةٍ . فعلى هذا ، يَصِحُّ العَقْدُ فيهما جميعًا . وكذلك الحُكْمُ إن كانتْ تحتَه حُرَّةٌ لا تُعِفُّه ، فتَزوَّج عليها أمَةً ، أو كانَ تحتَه أمَةٌ لا تُعِفُّه فتَزَوَّج[1] ثانيَةً ، ففيها[2] رِوايَتان .

قال الخِرَقِيُّ : وله أن يَنْكِحَ مِن الإمَاءِ أرْبَعًا ، إذا كان الشَّرْطانِ فيه

---

(١) فى م : « فيتزوج عليها » .

(٢) فى ف : « ففيهما » .

قائمَيْن . ووَجْهُ الرِّوايَتَيْن ما تقدَّمَ .

وإن تزَوَّجَ أمَتَيْنِ فى عَقْدٍ واحدٍ ، وإحْداهما تُعِفُّه ، بَطَلَ فيهما ؛ لأنَّ إحْداهُما ليست بأَوْلَى مِن الأُخْرَى ، فبَطَل فيهما ، كما لو جَمَع بيـنَ أُخْتَيْن .

فصل : الضربُ الثانى ، أنَّه لا يَحِلُّ للعَبْدِ نِكاحُ سَيِّدَتِه ؛ لأنَّ أحْكامَ المِلْكِ والنِّكاحِ تتَناقَضُ ، إذْ مِلْكُها إيَّاه يقْتَضِى وُجوبَ (1) نفَقَتِه عليها (1) ، وسفَرَه بسَفَرِها ، وطاعَتَه إيَّاها ، ونِكاحُه إيَّاها يُوجِبُ عَكْسَ ذلك ، فيتَنافيان .

ولا يَصِحُّ أن يتزوَّجَ الحُرُّ أمتَه ؛ لأنَّ النِّكاحَ يُوجِبُ للمرأةِ حُقُوقًا يَمْنَعُها مِلْكُ اليَمِينِ ؛ مِن القَسْمِ والمَبِيتِ ، فبَطَل . فإن مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها أو جُزْءًا منه ، أو مَلَك الرجلُ زوجتَه أو جُزْءًا منها ، انْفَسخ النِّكاحُ ؛ لِما ذكَرْناه .

ويَحْرُمُ على الأبِ نكاحُ جارِيَةِ ابْنِه ؛ لأنَّ له فيها شُبْهَةً يَسْقُطُ الحَدُّ بوَطْئِها ، فلم يَحِلَّ له نِكاحُها ، كالمُشْتَرَكَةِ بينَه وبيـنَ غيرِه .

[٢٨٤و] وللابْنِ أن يتزَوَّجَ أمَةَ أبِيه ؛ لعَدَمِ ذلك فيه . وإن تزَوَّج جارِيَةً ثم مَلَكها ابْنُه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ النِّكاحُ ؛ لأنَّ مِلْكَ الابنِ كمِلْكِه فى إسْقاطِ الحَدِّ وحُرْمَةِ الاسْتِيلادِ ، فكان كمِلْكِه فى إبْطالِ النِّكاحِ . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّه لا (2) يَمْلِكُها بمِلْكِ الابْنِ ، فلم يَبْطُلْ

(1 - 1) فى ف : « نفقتها عليه » .

(2) سقط من : ف ، م .

نِكاحُه ، كما لو مَلَكها أجْنَبِيٌّ .

فصل : النوعُ السابعُ ، مَنْكُوحَةُ غيرِه ، والمُعْتَدَّةُ منه ، والمُسْتَبْرَأَةُ[1] منه ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾[2] . ولقَوْلِه تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾[3] . ولأنَّ تزْويجَها يُفْضِى إلى اخْتِلاطِ المِياهِ ، واشْتِباهِ الأنْسابِ . وسَواءٌ فى ذلك المُعْتَدَّةُ مِن وَطْءٍ مُباحٍ[4] أو مُحَرَّمٍ ، أو مِن غيرِ وَطْءٍ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ أن تكونَ حامِلًا ، فلو جَوَّزْنا تَزْوِيجَها ، لاخْتَلط نسَبُ المُتَزَوِّجِ بنَسَبِ الواطِئِ الأوَّلِ . ولا يجوزُ نِكاحُ [5]المُرتابةِ بالحَمْلِ[6] بعدَ العِدَّةِ ؛ لذلك[5] .

فإن وُطِئَتِ امرأةُ الرجلِ بشُبْهَةٍ أو زِنًى ، لم ينَفْسِخْ نِكاحُه ؛ لأنَّ النِّكاحَ سابِقٌ ، فكانَ أَوْلَى . ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى تنْقَضِىَ عِدَّتُها ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ يومَ حُنَيْنٍ : « لَا يَحِلُّ لامْرِئٍ[7] يُؤْمِنُ بِاللَّهِ واليَوْمِ الآخِرِ يَسْقِى ماءَه زَرْعَ غَيْرِهِ » . [8]رَواه التِّرمِذِىُّ ، وقال : حديثٌ حسنٌ . وأبو داودَ ، وزاد[8] : يَعْنِى إتْيانَ الحَبالَى . ولأنَّها رُبَّما تأْتِى بوَلَدٍ مِن الزِّنَى فيُنْسَبُ

---

(1) فى ف : « المستبينة » .

(2) سورة النساء ٢٤.

(3) سورة البقرة ٢٣٥.

(4) بعده فى ف : « يفضى إلى اختلاط » .

(٥ - ٥) فى م : « المزنى بها بالحمل إلا أن تضع » .

(6) فى الأصل : « بحمل » .

(7) فى م : « لرجل » .

(٨ - ٨) زيادة من : م .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود =

إليه . قال أحمدُ : وإذا عَلِم الرجلُ مِن جارِيَتِه الفُجُورَ ، فلا يطَؤُها ، لعَلَّها تُلْحِقُ به وَلَدًا ليس منه .

فصل : ولا يَحِلُّ التَّعْرِيضُ بخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ ؛ لأنَّها زَوْجَةٌ ، فأشْبَهَتْ ما قبلَ الطَّلاقِ ، ويجوزُ التَّعْرِيضُ بخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ مِن الوَفاةِ ، والطلاقِ الثَّلاثِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾[1] . وروَتْ فاطِمَةُ بنتُ قَيْسٍ أنَّ أبا عُمَرَ بنَ حَفْصِ بنِ المُغِيرَةِ طلَّقَها آخِرَ[2] ثلاثِ تَطْليقاتٍ ، فأرْسَل إليها النبيُّ ﷺ : « لا تَسْبِقِينِى بنَفْسِكِ »[3] . ويَحْرُمُ التَّصْرِيحُ ؛ لأنَّ تَخْصِيصَ التَّعْرِيضِ بالإباحَةِ دليلٌ على تَحْرِيمِ التَّصْرِيحِ ، ولأنَّ التَّصْرِيحَ لا يَحْتَمِلُ غيرَ النِّكاحِ ، فلا يأْمَنُ أن يَحْمِلَها الحِرْصُ عليه على الإخْبارِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها قبلَ انْقِضائِها ، بخِلافِ التَّعْرِيضِ .

فأمَّا البائنُ بخُلْعٍ ، فلزَوْجِها التَّصْرِيحُ بخِطْبَتِها ، والتَّعْرِيضُ[2] ؛ لأنَّه يَحِلُّ[4] له نِكاحُها فى عِدَّتِها ، إذْ لا يُصانُ ماؤُه عن مائِه ، ولا يُخْشَى

= ١/ ٤٩٧. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يشترى الجارية ...، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٦٤.

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٠٨، ١٠٩.

(١) سورة البقرة ٢٣٥.

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه فى ٣/ ٣٩، ٤٠.

(٤) فى ف : « يباح » .

اخْتِلاطُ نسبِه بنَسَبِ غيرِه. وهل يَحِلُّ لغيرِه التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها؟ فيه وَجْهان[1]؛ أحدُهما[2]، لا يَحِلُّ؛ لأنَّ الزوجَ يَمْلِكُ اسْتِباحَتَها فى عِدَّتِها، فأشْبَهَتِ الرجْعِيَّةَ. والثانى، يَحِلُّ؛ لأنَّها بائِنٌ، أشْبَهَتِ المُطَلَّقَةَ ثلاثًا.

والمرأةُ كالرَّجُلِ فيما يَحِلُّ لها مِن الجَوابِ ويَحْرُمُ.

والتَّصْرِيحُ أن يقولَ: زَوِّجِينِى نَفْسَكِ إذا انْقَضَتْ عِدَّتُكِ. ونحوه. والتَّعْرِيضُ أن يقولَ: إنِّى فى مِثْلِكِ لراغِبٌ. و: لا تَسْبِقِينى بنَفْسِكِ. و: ما أحْوَجَنِى إلى مِثْلِكِ. ونحوه. وتُجِيبُه: ما يُرْغَبُ عنكَ. و: إن قُضِىَ شىءٌ كان. ونحوُه.

فصل: ومَن خَطَب امرأةً فأُجِيبَ، حَرُم على غيرِه خِطْبَتُها، إلَّا أن يأْذَنَ أو يَتْرُكَ؛ [٢٨٤ظ] لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال: «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، حَتَّى يَنْكِحَ أو يَتْرُكَ». مُتَّفَقٌ عليه[3]. وفى حديثٍ: «أَوْ يَأْذَنَ له فَيَخْطُبَ»[4]. ولأنَّ فى ذلك إفسادًا على أخِيه،

---

(١) فى الأصل: «روايتان».

(٢) فى الأصل: «إحداهما».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب لا يخطب على خطبة أخيه، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٧/ ٢٤.

كما أخرجه النسائى، فى: باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، من كتاب النكاح. المجتبى ٦/ ٦٠. وليس هذا اللفظ عند مسلم.

(٤) انظر ما أخرجه البخارى فى الموضع السابق. والنسائى، فى: المجتبى ٦/ ٦١. بلفظ: «أو يأذن له الخاطب». وما أخرجه مسلم، فى: صحيحه ٣/ ١١٥٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ١٢٦، ١٤٢، ١٥٣. بلفظ: «إلا أن يأذن له». كلهم من حديث ابن عمر.

وإيقاعًا للعَدَاوةِ بَينَهما ، فحَرُم ، كبَيْعِه على بَيْعِه . وإن لم تَسْكُنْ إليه ، فلغيرِه خِطْبَتُها ؛ لِما روَتْ فاطِمَةُ بنتُ قَيْسٍ أنَّها أتَتِ النبيَّ ﷺ فذكَرتْ أنَّ مُعَاوِيَةَ وأبا جَهْمٍ خَطبَاها ، فقالَ النبيُّ ﷺ : « أَمَّا أَبُو جَهْمٍ ، فَلَا يَضَعُ العَصَا عَنْ[1] عَاتِقِه ، وأَمَّا مُعَاوِيَةُ ، فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَه ، انْكِحِى أُسَامَةَ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . فخَطَبَها بعدَ خِطْبَتِهما[3] . وإن لم يعْلَمْ هل أجابَتْ أم لا ؟ ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، التَّحْرِيمُ ؛ لعُمومِ النَّهْيِ . والثانى ، الإباحَةُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ الإجابَةِ المُحَرِّمَةِ .

والتَّعْوِيلُ فى الرَّدِّ والإجابَةِ عليها إن كانت غيرَ مُجْبَرَةٍ ، وعلى وَلِيِّها إن كانت مُجْبَرَةً .

فصل : النوعُ الثامِنُ ، المُلاعِنَةُ ، تَحْرُمُ على المُلاعِنِ ، ويُذْكَرُ فى بابِه .

النوعُ التاسِعُ ، الزانِيَةُ ، يَحْرُمُ نِكاحُها حتى تَتُوبَ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾[4] . ولأنَّه لا يُؤْمَنُ أن تُلْحِقَ به ولَدًا مِن غيرِه ، فحَرُم نِكاحُها ، كالمُعْتَدَّةِ . ويَحْرُمُ نِكاحُها فى عِدَّتِها على الزَّانِى وغيرِه ؛ لأنَّ ولَدَها لا يَلْحَقُ نسَبُه بأحَدٍ ، فيُؤَدِّى تَزْوِيجُها إلى اشْتِباهِ النَّسَبِ .

فأمَّا المَوْطُوءَةُ بشُبْهَةٍ ، أو فى نِكاحٍ فاسِدٍ[5] ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ

(١) فى الأصل : « على » .
(٢) تقدم تخريجه فى ٣/ ٣٩، ٤٠.
(٣) فى الأصل : « خطبتها » .
(٤) سورة النور ٣.
(٥) بعده فى م : « فهل يحرم » .

تحْرِيمُها على الواطِئِ؛ لقَوْلِه فى الذى تزَوَّج امْرأةً فى عِدَّتِها: له أن يَنْكِحَها بعدَ انْقِضاءِ العِدَّتَيْنِ؛ وذلك لأنَّه وَطْءٌ فى غيرِ مِلْكٍ، أَشْبَهَ الوَطْءَ المُحَرَّمَ. ويَحْتَمِلُ أن لا يَحْرُمَ على الواطِئِ؛ لأنَّ نَسَبَ ولَدِها لاحِقٌ به، فأشْبَهَتِ المُعْتَدَّةَ مِن النكاحِ.

فصل: واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى الخُنْثَى المُشْكِلِ، فقال أبو بكرٍ: لا يَصِحُّ نِكاحُه. ونصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ؛ لأنَّه مَشْكُوكٌ فى حِلِّه للرِّجالِ والنِّساءِ، فلم يَحِلَّ، كما لو اشْتَبَهَتِ الأجْنَبِيَّةُ بالأُخْتِ. وقال الخِرَقِىُّ: يُرْجَعُ إلى قَوْلِه، فإن قال: إنِّى رجلٌ. حَلَّ له النِّساءُ. وإن قال: أنا[1] امرأةٌ. لم يَنْكِحْ إلَّا رجلًا؛ لأنَّه مَعْنًى لا يُعْرَفُ إلَّا مِن جِهَتِه، وليس فيه إيجابُ حَقٍّ على غيرِه، فوَجَب أن يُقْبَلَ منه، كما يُقْبَلُ قولُ المرأةِ فى انْقِضاءِ عِدَّتِها. فعلى هذا، إن عاد بعدَ نِكاحِ المرأةِ فقال: أنا امرأةٌ. انْفَسخ نِكاحُه؛ لإقْرارِه ببُطْلانِه، ولَزِمه نِصْفُ المَهْرِ إن كان قبلَ الدُّخُولِ، وجَمِيعُه إن كان بعدَه، ولا يَحِلُّ له بعدَ ذلك أن يَنْكِحَ؛ لأنَّه أقَرَّ بقَوْلِه: أنا رجلٌ. بتَحْرِيمِ الرِّجالِ، وأقَرَّ بقَوْلِه: أنا امرأةٌ. بتَحْرِيمِ النِّساءِ.

وإن تزَوَّج رجلًا ثم قال: أنا رَجُلٌ. لم يُقْبَلْ قولُه[2] فى فَسْخِ نِكاحِه؛ لأنَّه حَقٌّ عليه، فإذا زالَ النِّكاحُ، فلا مَهْرَ له؛ لأنَّه يُقِرُّ أنَّه لا يَسْتَحِقُّه. وسَواءٌ دُخِلَ به أو لم يُدْخَلْ. ويَحْرُمُ عليه النِّكاحُ بعدَ ذلك؛ لِما ذكَرْناه.

---

(١) فى الأصل: «إنى».
(٢) سقط من: الأصل، ف.

فصل: النوعُ العاشِرُ، التَّحْرِيمُ للإِحْرامِ، فلا يَحِلُّ[1] نِكاحُ [٢٨٥و] مُحْرِمٍ ولا مُحْرِمَةٍ، ولا يجوزُ عَقْدُ المُحْرِمِ نِكاحَ غيرِه، ومتى عَقَد أحَدٌ نِكاحًا لمُحْرِمٍ، أو على مُحْرِمَةٍ، أو عَقَدَ المُحْرِمُ نِكاحًا لنَفْسِه، أو لغيرِه، فالعَقْدُ باطِلٌ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَنْكِحُ المُحْرِمُ، ولَا يُنْكِحُ، ولَا يَخْطُبُ». رَواه مسلمٌ[2]. ولأنَّه عارِضٌ مَنَع الطِّيبَ، فمنَع النِّكاحَ، كالعِدَّةِ. وعنه، أنَّ عَقْدَ المُحْرِمِ النِّكاحَ لغيرِه صَحِيحٌ[3]؛ لأنَّه حَرُم لكَوْنِه مِن دَواعِي الوَطْءِ، ولا يَحْصُلُ ذلك بكَوْنِه وَلِيًّا. والأَوَّلُ أصَحُّ؛ لعُمومِ الخَبَرِ.

فأمَّا إن كان شاهِدًا فى النِّكاحِ، انْعقَدَ بشَهادَتِه؛ لأنَّه مِن أهْلِ الشَّهادَةِ، فأَشْبَهَ الحَلَالَ. وتُكْرَهُ له الشَّهادَةُ والخُطْبَةُ؛ للخَبَرِ فى الخُطْبَةِ، والشَّهادَةُ فى مَعْناها؛ لأنَّها مَعُونَةٌ على النِّكاحِ.

---

(١) بعده فى الأصل: «له».

(٢) تقدم تخريجه فى ٢/ ٣٤٧.

(٣) فى الأصل: «ويصح».

بابُ الشُّروطِ فى النكاحِ

وهى قِسْمان ؛ صحيحٌ ، وفاسِدٌ ، فالصَّحِيحُ نَوْعان ؛ أحَدُهما ، شَرْطُ ما يقْتَضِيه العَقْدُ ، كتَسْلِيمِ المرأةِ إليه ، وتَمْكِينِه مِن اسْتِمْتاعِها ، فهذا لا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ ، ووُجُودُه كعَدَمِه . والثانى ، شَرْطُ ما تَنْتَفِعُ به المرأةُ ، كزِيادَةٍ على مَهْرِها معْلُومَةٍ ، أو نَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، أو أن لا يتَزَوَّجَ عليها ولا يَتَسَرَّى ، أو لا يُسافِرَ بها ، ولا يَنْقُلَها عن دارِها ولا بلَدِها ، فهذا صَحِيحٌ يلْزَمُ الوَفاءُ به ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « إنَّ[1] أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ يُوَفَّى بها[2] مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . ورُوِىَ أنَّ رَجُلًا تزَوَّجَ امرأةً ، وشَرَط لها دارَها ، ثم أرادَ نقْلَها ، فخَاصَمُوه إلى عُمَرَ ، فقالَ : لها شَرْطُها . فقالَ الرَّجُلُ : إذًا تُطَلِّقْنا[4] . فقال عُمَرُ : مَقاطِعُ الحُقوقِ عندَ

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « به » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى المهر عند عقدة النكاح ... ، من كتاب الشروط ، وفى : باب الشروط فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/ ٢٤٩ ، ٧/ ٢٦ . ومسلم ، فى : باب الوفاء بالشروط فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٥٨ . والدارمى ، فى : باب الشرط فى النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ١٤٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

(٤) فى ف : « يطلقها » .

الشُّروطِ[1]. ولأنَّه شَرْطٌ لها فيه نَفْعٌ ومَقْصُودٌ لا يُنافِى مَقْصُودَ النِّكاحِ، فصَحَّ، كالزِّيادَةِ فى المَهْرِ. فإن لم يَفِ به[2]، فلها فَسْخُ النِّكاحِ؛ لأنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فى عَقْدٍ، فثَبَت حقُّ الفَسْخِ بفَواتِه، كشَرْطِ الرَّهْنِ فى البَيْعِ.

فصل: القِسْمُ الثانى، فاسِدٌ، وهو ثلاثَةُ أنْواعٍ؛ أحدُها، ما يَبْطُلُ فى نَفْسِه، ويَصِحُّ النِّكاحُ، مثلَ أن يشْرُطَ عليها أنَّه لا مَهْرَ لها، أو الرُّجُوعَ عليها [3]بما مَهَرَها[3]، أو لا نفَقَةَ لها[4]، أو أنَّ نفَقَتَه عليها، أو لا يَطَأَها، أو يَعْزِلَ عنها، أو يَقْسِمَ لها دونَ قَسْمِ صاحِبَتِها، أو لا يَقْسِمَ لها إلَّا فى النَّهارِ، أو فى[5] لَيْلَةٍ فى الأُسْبُوعِ، ونحوه، فهذه الشُّروطُ باطِلَةٌ فى نفسِها؛ لأنَّها تتَضَمَّنُ إسْقاطَ حَقٍّ يجبُ بالعَقْدِ قبلَ انْعِقادِه، فلم يَصِحَّ، كإسْقاطِ الشُّفْعَةِ قبلَ البَيْعِ. وقد نُقِلَ عن أحمدَ فى النَّهارِيَّاتِ واللَّيلِيَّاتِ[6]: ليس هذا مِن نِكاحِ أهْلِ الإسْلامِ. وهذا يَحْتَمِلُ إفْسادَ العَقْدِ، فيتَخَرَّجُ عليه سائرُ الشُّروطِ الفاسدَةِ أنَّها تُفْسِدُه؛ لأنَّها شُروطٌ

---

(١) أخرجه سعيد، فى: سننه ١/ ١٨٥. وابن أبى شيبة، فى: المصنف ٤/ ١٩٩. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ٢٤٩.

وعلق البخارى قوله: مقاطع الحقوق عند الشروط. فى الموضعين السابقين.

كما أخرج البيهقى عن عمر خلاف ذلك، فى: السنن الكبرى ٧/ ٢٤٩. وانظر الإرواء ٦/ ٣٠٣، ٣٠٤.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣ - ٣) فى م: «بمهرها».

(٤) بعده فى م: «عليه».

(٥) زيادة من: الأصل.

(٦) فى م: «اللياليات».

فاسِدَةٌ ، فأفْسَدَتِ العَقْدَ ، كما لو زوَّجَه وَلِيَّتَه بشَرْطِ أنْ يُزَوِّجَه الآخَرُ وَلِيَّتَه . و[1] يَحْتَمِلُ أن[2] يَفْسُدَ بشَرْطِها عليه [٢٨٥ظ] تَرْكَ الوَطْءِ ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ومقْصُودَه . ولو شَرَط عليها أن لا يَطأَهَا ، لم يَفْسُدْ ؛ لأنَّ الوَطْءَ حَقُّه عليها ، وهى لا تَمْلِكُه .

فصل : النوعُ الثانِى ، ما يُفْسِدُ النِّكاحَ مِن أصْلِه ، وهو ثلاثةُ[3] أُمورٍ ؛ أحدُها ، أن يشْرُطَا تَأْقِيتَ النِّكاحِ ، وذلك نِكاحُ المُتْعَةِ ، مثلَ أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى شهرًا . أو نحوَه ، فالنِّكاحُ باطِلٌ . نَصَّ عليه ؛ لِما روَى الرَّبِيعُ ابنُ سَبْرَةَ ، عن أبِيه ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عن المُتْعَةِ فى حَجَّةِ الوَدَاعِ[4] . وفى لَفْظٍ : أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ حَرَّمَ مُتْعَةَ النِّساءِ . روَاه أبو داودَ[5] . ولأنَّه لم يتعَلَّقْ به أحْكامُ النِّكاحِ من الطَّلاقِ وغيرِه ، فكان باطِلًا ، كسائرِ الأنْكِحَةِ الباطِلَةِ . قال أبو بكرٍ : فيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّها مَكْرُوهَةٌ ؛ لأنَّ أحمدَ قال فى روايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : يَجْتَنِبُها أحَبُّ إلَيَّ . فظاهِرُه الكَراهَةُ لا التَّحْرِيمُ . وغيرُه مِن أصْحابِنا يقولُ : المسألَةُ رِوايَةٌ واحِدَةٌ فى تَحْرِيمِها .

---

(١) بعده فى م : « هذا » .

(٢) بعده فى الأصل : « لا » .

(٣) فى ف ، م : « أربعة » .

(٤) أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٦، ١٠٢٧. وأبو داود ، فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٨، ٤٧٩. والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ١٠٣. والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٠٤، ٤٠٥.

(٥) فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٩.

ولو شَرَط أن يُطَلِّقَها فى وَقْتٍ بعَيْنِه ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يَمْنَعُ بَقاءَ النِّكاحِ ، فأَشْبَهَ التَّأْقِيتَ . ويتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ النِّكاحُ ويَبْطُلَ الشَّرْطُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ وَقَعَ مُطْلَقًا ، وشَرَط على نفسِه شَرْطًا لا يُؤَثِّرُ فيه ، فأَشْبَهَ ما لو شَرَط أن لا يَطَأَها .

فصل : الأمرُ[(١)] الثانى ، أن يُزَوِّجَه وَلِيَّتَه بشَرْطِ أن يُزَوِّجَه الآخرُ وَلِيَّتَه ، فهذا نِكاحُ الشِّغَارِ . ولا تَخْتَلِفُ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى فَسادِه ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عن نِكاحِ الشِّغَارِ . والشِّغارُ أن يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَه على أنْ يُزَوِّجَه ابْنَتَه ، وليس بينَهما صَداقٌ . مُتَّفَقٌ عليه[(٢)] . ولأنَّه جَعَل كلَّ واحدٍ من العَقْدَيْن سَلَفًا فى الآخرِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْنِى ثَوْبَكَ على أن أَبِيعَكَ ثَوْبِى .

فإن سَمَّيَا مع ذلك صَداقًا ، فقال : زَوَّجْتُكَ أُخْتِى على أن تُزَوِّجَنِى أُخْتَكَ ، ومَهْرُ كلِّ واحِدَةٍ مِائةٌ . فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ صِحَّتُه ؛ لحديثِ ابنِ

---

(١) فى الأصل : « الشرط » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ١٥. ومسلم ، فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٣٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٩. والنسائى ، فى : باب الشغار ، وباب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩١، ٩٢. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٦. والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٦. والإمام مالك ، فى : باب جامع ما لا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٣٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٧، ١٩، ٦٢.

عُمَرَ. وقال الخِرَقِيُّ: لا يَصِحُّ؛ لِما روَى الأَعْرَجُ أنَّ العَبَّاسَ بنَ [(1]عبدِ اللَّهِ[1)] ابنِ العَبَّاسِ أنْكَحَ عبدَ الرحمنِ بنَ الحكَمِ ابْنَتَه، وأنْكَحَه عبدُ الرحمنِ ابْنَتَه، وكانَا جَعلَا صَداقًا، فكتَبَ مُعاوِيَةُ إلى مَرْوانَ يأْمُرُه أنْ فَرِّقْ[(2)] بيْنَهما، وقال في كتابِه: هذا الشِّغَارُ الذى نَهَى عنه رسولُ اللَّهِ ﷺ. [(3]رَواه أبو داودَ[3)]. ولأنَّه شَرْطُ عَقْدٍ فى عَقْدٍ، فلم يَصِحَّ، كما لو باعَه ثَوْبَه بشَرْطِ أن يَبِيعَه ثَوْبَه.

وإن سَمَّى لإحْداهما[(4)] مَهْرًا دونَ الأُخْرَى، فقال أبو بَكْرٍ: النِّكاحُ فاسِدٌ فيهما. وقال القاضى: يجِبُ أن يكونَ فى التى سَمَّى لها مَهْرًا رِوايَتان.

فصل: الأمرُ[(5)] الثالثُ، أن يَشْرُطَ عليه إحْلالَها لزَوْجٍ قبلَه ثم يُطَلِّقَها، فيكونَ النِّكاحُ حَرامًا باطِلًا؛ لِما رُوِىَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال: «لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ، والمُحَلَّلَ لَهُ». قال التِّرْمِذِيُّ[(6)]: هذا حديثٌ صحيحٌ.

(1 - 1) فى النسخ: «عبيد اللَّه». والمثبت كما فى المصادر.

(2) فى م: «يفرق».

(3 - 3) سقط من: ف.

والحديث أخرجه أبو داود، فى: باب فى الشغار، من كتاب النكاح. سنن أبى داود 1/ 479.

كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند 4/ 94. وحسنه فى الإرواء 6/ 307.

(4) فى الأصل، م: «لأحدهما».

(5) فى م: «الشرط».

(6) فى: باب ما جاء فى المحل والمحلل له، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى 5/ 43، 44.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى التحليل، من كتاب النكاح. سنن أبى داود =

فإن تواطَأا على ذلك (1) قبلَ العَقْدِ (1)، فنواه فى العَقْدِ ولم يَشْرُطْه، فالنِّكاحُ باطِلٌ أيضًا. نَصَّ عليه، وقال: متى أرادَ بذلك الإحْلالَ، فهو مَلْعُونٌ؛ لعُمومِ الحديثِ. [٢٨٦و] ورَوَى نافِعٌ أنَّ رجلًا قال لابْنِ عمرَ: امرأةٌ تزَوَّجْتُها أُحِلُّها لزَوْجِها، ولم يَأْمُرْنِى، ولم يَعْلَمْ. قال: لا، إلَّا نِكاح رَغْبَةٍ، إنْ أعْجَبَتْكَ أَمْسَكْتَها، وإنْ كَرِهْتَها فارَقْتَها، وإن كُنَّا نَعُدُّه على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ سِفاحًا ولا يَزالانِ زانِيَين وإن مَكَثا[2] عِشْرِينَ سنَةً[3].

وإن شَرَط عليه سابِقًا إحْلالَها، فنَوَى غيرَ ذلك، صَحَّ؛ لأنَّه خَلا عن نِيَّةِ التَّحْلِيلِ وشَرْطِه. وإن قصَدَتِ المرأةُ التَّحْلِيلَ وَوليُّها دونَ الزَّوْجِ، لم يُؤَثِّرْ فى العَقْدِ؛ لأنَّه ليس إليهما إمْساكٌ ولا فِراقٌ، فلم يُؤَثِّرْ بنِيَّتِهما، كالأجْنَبِيِّ.

وإن زوَّجَها عبدَه بنِيَّةِ أن يهَبَها إيَّاه ليَنْفَسِخَ نِكاحُه، فهو نِكاحُ المُحَلِّلِ؛ لأنَّه قَصَد به التَّحْلِيلَ. وذَكَر القاضى فيما إذا خَلا العَقْدُ عن شَرْطِ التَّحْلِيلِ

= ١/ ٤٧٩. والنسائى، فى: باب إحلال المطلقة ثلاثا ...، من كتاب الطلاق، وفى: باب الموتشمات ...، من كتاب الزينة. المجتبى ٦/ ١٢١، ٨/ ١٢٧. وابن ماجه، فى: باب المحلل والمحلل له، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٢. والدارمى، فى: باب فى النهى عن التحليل، من كتاب النكاح. سنن الدارمى ٢/ ١٥٨. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ٨٣، ٨٧، ٨٨، ٩٣، ١٠٧، ١٢١، ١٣٣، ١٥٠، ١٥٨، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٦٢، ٢/ ٢٢.

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) فى ف: «داما».

(٣) أخرجه الحاكم بنحوه، فى: المستدرك ٢/ ١٩٩. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ٢٠٨. وصححه فى الإرواء ٦/ ٣١١، ٣١٢.

وَجْهًا آخَرَ أنَّه يَصِحُّ. وخَرَّجَه أبو الخَطَّابِ رِوايةً؛ لأنَّه رُوِىَ عن أحمدَ أنَّه كَرِهَه، فظاهِرُه الصِّحَّةُ مع الكَراهَةِ؛ لأنَّ مُجَرَّدَ النِّيَّةِ لا يُفْسِدُ العَقْدَ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا يَنْوِى أنْ يَبِيعَه.

فصل: النوعُ الثالثُ، فاسِدٌ، وفى فَسادِ النِّكاحِ به[1] رِوايَتان، وهو أن يتزَوَّجَها بشَرْطِ الخِيارِ، أو إنْ رَضِيَتْ أُمُّها، أو إنْسانٌ ذكَرَه، أو بشَرْطِ أن لا يَكْرَهَ فُلانٌ، أو إن جاءَها بالمَهْرِ إلى كذَا، وإلَّا فلا نِكاحَ بَيْنَهما. فنَقَلَ عنه ابْنَاه وحَنْبَلٌ: نِكاحُ المُتْعَةِ حَرامٌ، وكلُّ نِكاحٍ فيه وَقْتٌ أو شَرْطٌ فاسِدٌ؛ لأنَّ عَقْدَ النِّكاحِ يجِبُ أنْ يكونَ ثابِتًا لازِمًا، فنافاه هذا الشَّرْطُ، كالخُلْعِ. ونُقِلَ عنه أنَّ العَقْدَ صحيحٌ، والشَّرْطَ باطِلٌ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ فى المجْهُولِ، فلم يَفْسُدْ بالشَّرْطِ الفاسِدِ، كالعِتْقِ. ونُقِلَ عنه فى مَن شَرَط إن جاءَها بالمَهْرِ فى وَقْتِ كذَا، وإلَّا فلا نِكاحَ بينَهما، أنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ؛ لأنَّ لها فيه نَفْعًا، أشْبَهَ ما لو شَرَط أن لا يُخْرِجَها مِن دارِها[2].

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) فى ف: «بلدها».



بابُ الخِيارِ فى النكاحِ

وأسْبابُه أرْبَعَةٌ ؛ أحدُها ، أن يَجِدَ أحدُهما بصاحبِه عَيْبًا يَمْنَعُ الوَطْءَ ، وهو سَبْعَةُ أشْياءَ ؛ ثلاثَةٌ يَشْتَرِكُ فيها الرِّجالُ والنِّساءُ ، وهى الجُنُونُ ، مُطْبِقًا كان أو غيرَ مُطْبِقٍ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ . واثْنانِ فى الرَّجُلِ[1] ؛ الجَبُّ ، والعُنَّةُ . واثْنانِ فى المرأةِ ؛ الرَّتْقُ ، وهو انْسِدادُ[2] الفَرْجِ . والفَتْقُ ، وهو انْخِراقُ ما بينَ مَخْرَجِ[3] البَوْلِ والمَنِيِّ . وقيلَ : انْخِراقُ ما بينَ القُبُلِ والدُّبُرِ . فمَن وَجَد بصاحِبِه عَيْبًا منها[4] ، فله الخِيارُ فى فَسْخِ النِّكاحِ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبيَّ ﷺ تزوَّجَ امْرَأةً مِن بَنِى غِفارٍ ، فرَأَى بكَشْحِها[5] بَياضًا ، فقال لها النبيُّ ﷺ : « الْبَسِى ثِيَابَكِ ، والْحَقِى بأَهْلِكِ »[6] . فثَبَتَ الرَّدُّ بالبَرَصِ بالخَبَرِ ، وقِسْنا عليه [7]سائرَ العُيوبِ[7] ؛ لأنَّها فى مَعْناه[8] فى مَنْعِ الاسْتِمْتاعِ .

---

(١) فى الأصل : « الرجال » .

(٢) فى ف : « استداد » .

(٣) فى ف : « مجرى » .

(٤) فى الأصل : « منهما » .

(٥) الكشح : ما بين الخاصرة والضلوع .

(٦) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٩٣. والحاكم ، فى : المستدرك ٤/ ٣٤. وضعفه فى الإرواء ٦/٣٢٦ - ٣٢٨.

(٧ - ٧) فى ف : « بقيتها » .

(٨) فى ف : « معناها » .

وإنْ كان قد بَقِىَ مِن ذَكَرِ المَجْبُوبِ ما يُمْكِنُ الجِماعُ به ، ويغيبُ منه فى الفَرْجِ قَدْرُ الحَشَفَةِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ [٢٨٦ظ] الاسْتِمْتاعَ . وإنِ اخْتَلَفَا فى ذلك ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّه يَضْعُفُ بالقَطْعِ ، والأصْلُ عدَمُ الوَطْءِ .

فصل : وإن وَجد أحدُهما الآخَرَ خُنْثَى ، أو وَجَدَتِ المرأةُ[1] زَوْجَها خَصِيًّا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لها الخِيارُ ؛ لأنَّه يُثِيرُ نَفْرَةً ، وفيه نَقْصٌ وعارٌ ، فأَشْبَهَ البَرَصَ . والثانى ، لا خِيارَ لها ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ .

واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى البَخَرِ ، وهو نَتَنُ الفَمِ ، وفى الذى لا يَسْتَمْسِكُ بَوْلُه أو خَلاه ، فقال أبو بكرٍ : يَثْبُتُ به الخِيارُ ؛ لأنَّه يُنَفِّرُ عن الاسْتِمْتاعِ ، ويتعدَّى ضَرَرُه ونَجاسَتُه . وقال غيرُه : لا خِيارَ فيه[2] ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ولا يُخْشَى تعَدِّيه . ويتَخَرَّجُ عليه النَّاصُورُ[3] ، والبَاسُورُ[4] ، والقُرُوحُ السَّيَّالَةُ فى الفَرْجِ ؛ لأنَّها فى مَعْناه .

واخْتَلَفُوا فى العَفَلِ ، وقيل : هو رغْوَةٌ[5] فى الفَرْجِ يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ . فعَدَّه الخِرَقِىُّ مَانِعًا كذلك . ولم يَعُدَّه القاضى فى المَوانِعِ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ

---

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) فى ف : « له » .

(٣) الناصور : علة تحدث فى البدن من المقعدة وغيرها بمادة خبيثة ضيقة الفم يعسر برؤها .

(٤) الباسور : هو ورم تدفعه الطبيعة إلى كل موضع من البدن يقبل الرطوبة من المقعدة والأنثيين والأشفار .

(٥) الراء مثلثة .

الاسْتِمْتاعَ . وكذلك يُخَرَّجُ فى الرَّائحَةِ الكَرِيهَةِ التى فى الفَرْجِ تَثُورُ عندَ الوَطْءِ .

وما عَدا هذه العُيوبَ ؛ كالقَرَعِ ، والعَمَى ، والعَرَجِ ، لا يَثْبُتُ به خِيارٌ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، ولا يُخْشَى تعَدِّيه .

فصل : ومَن عَلِم العَيْبَ وَقْتَ العَقْدِ ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّه دَخَل على بَصِيرَةٍ بالعَيْبِ ، فأشْبَهَ مَن اشْتَرَى ما يَعْلَمُ عَيْبَه . وإن وَجَد بصاحبِه عَيْبًا به مِثْلُه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لكُلِّ واحدٍ منهما الخِيارُ ؛ لوُجودِ سببِه ، فأَشْبَهَ العَبْدَ المَغْرُورَ بأَمَةٍ ، ولأنَّه قد يَعافُ عَيْبَ غيرِه وإن كان به مِثْلُه . والثانى ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّهما مُتَساوِيانِ فى النَّقْصِ ، فأَشْبَها الفَقِيرَيْن[1] . وإن حَدَث العَيْبُ بأحَدِهما بعدَ العَقْدِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا خِيارَ له[2] . وهو قَوْلُ أبى بَكْرٍ ؛ لأنَّه عَيْبٌ حَدَث بعدَ لُزومِ العَقْدِ ، أشْبَهَ الحادِثَ بالمَبِيعِ . والثانى ، يَثْبُتُ به الخِيارُ . وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه عَيْبٌ لو قارَنَ أثْبَتَ الخِيارَ ، فإذا حَدَث أثْبَتَه ، كالإعْسارِ .

فصل : وإذا عَلِم العَيْبَ فأخَّرَ المُطالبَةَ بالفَسْخِ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه . وقال القاضى : يَبْطُلُ . وأصْلُهما ما ذكَرْنا فى خِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ فى المَبِيعِ . وإن قال : قد[3] رَضِيتُ به مَعِيبًا . أو وُجِدَ منه دَلالَةٌ على الرِّضَا ،

---

(١) فى م : « القفيزين » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) سقط من : م .

كالاسْتِمْتاعِ ، (١)أو التَّمْكِينِ(١) منه ، بَطَل خِيارُه .

فصل : وإذا فَسَخ قبلَ المَسِيسِ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّه إن كان الفَسْخُ منها ، فالفُرْقَةُ مِن جِهَتِها ، فأسْقَطَت مَهْرَها ، كرِدَّتِها ، وإن كان مِن الزَّوْجِ ، فهو لمَعْنًى مِن جِهَتِها ؛ لحُصُولِه بتَدْلِيسِها ، فأَشْبَهَ ما لو باشَرَتْها . وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، اسْتَقَرَّ المَهْرُ ولم يَسْقُطْ ؛ لاسْتِقْرارِ النِّكاحِ بالدُّخُولِ فيه ، ويَجِبُ المُسَمَّى ؛ لأنَّه نِكاحٌ صحيحٌ فيه مُسَمًّى صحيحٌ ، فوَجَب المُسَمَّى فيه ، كما لو ارْتَدَّتْ . وذَكَر القاضى أنَّ فيه رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ بِناءً على العَقْدِ الفاسِدِ . وليس هذا بفاسِدٍ ؛ إذ لو كان فاسِدًا ، لَمَا ثَبَت الخِيارُ فيه(٢) .

ويَرْجِعُ بالمَهْرِ على مَن غَرَّه ؛ [٢٨٧و] لِما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قال : أَيُّمَا رجلٍ تزَوَّجَ امرأةً بها جُنُونٌ ، أو جُذَامٌ ، أو بَرَصٌ ، فَمَسَّها ، فلها صَداقُها ، غُرْمٌ على وَلِيِّها(٣) . ولأنَّه غَرَّه فى النِّكاحِ بما يَجِبُ به المَهْرُ ، فكان المَهْرُ عليه ، كما لو غَرَّه بحُرِّيَّةِ أَمَةٍ . وعنه ، لا يَرْجِعُ على أحَدٍ ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه(٤) . فإن لم يَعْلَمِ الوَلِىُّ ،

(١ - ١) فى الأصل : « والتمكن » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصداق والحباء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٢٦. والإمام الشافعى ، فى : باب فى العيب بالمنكوحة ، من كتاب النكاح . الأم ٥/ ٧٥. وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٤٤. وسعيد ، فى سننه ١/ ٢١٢. والدارقطنى ، فى سننه ٣/ ٢٦٦، ٢٦٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢١٤، ٢١٩. وضعفه فى الإرواء ٦/ ٣٢٨.

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢١٥.

فالغُرُورُ مِن المرأةِ . وإن طَلَّقَ الزَّوْجُ ، ثم عَلِم بها عَيْبًا ، فعليه المَهْرُ ، لا يَرْجِعُ به على أحَدٍ ؛ لأنَّه رَضِىَ بالتِزامِه .

فصل : ولا يَجُوزُ الفَسْخُ إلَّا بحُكْمِ حاكمٍ[1] ؛ لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه ، فافْتَقَرَ إلى الحاكمِ ، كالفَسْخِ للإعْسارِ . فإن رَدَّه الحاكِمُ إلى مُسْتَحِقّه ففَسَخ[2] ، جاز . والفُرْقَةُ الواقِعَةُ بينَهما فَسْخٌ لا طَلاقٌ ؛ لأنَّه رَدٌّ لعَيْبٍ ، فكان فَسْخًا ، كرَدِّ المُشْتَرِى . وإنِ اتَّفقا على الرَّجْعَةِ ، لم يَجُزْ إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ ، وتَرْجِعُ على طَلاقٍ ثلاثٍ . وقال أبو بَكْرٍ : فيها قولٌ آخرُ ، أنَّها تَحْرُمُ على التَّأْبِيدِ ؛ لأنَّها[3] فُرْقَةُ حاكمٍ ، فأشْبَهتْ فُرْقَةَ اللِّعانِ . ولَنا ، أنَّها فُرْقَةٌ لعَيْبٍ ، أَشْبَهَتْ فُرْقَةَ المُعْتَقَةِ تحتَ عبدٍ .

فصل : وليس لوَلِىٍّ صَغِيرٍ ولا صَغِيرَةٍ ، ولا سَيِّدِ أمَةٍ ، تَزْوِيجُهم بمَعِيبٍ ؛ لأنَّ فيه ضرَرًا بهم ، وعليه النَّظَرُ فى الحَظِّ لهم . ولا لوَلِىِّ كبيرةٍ تَزْوِيجُها بمَعِيبٍ بغيرِ رِضَاها ؛ لأنَّ فيه ضرَرًا بها . فإن طَلَبتِ التَّزْوِيجَ بمَجْبُوبٍ[4] أو عِنِّينٍ ، لم يَمْلِكْ مَنْعَها ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَخْتَصُّ بها . وإن أرادَتِ التَّزَوُّجَ[5] بمَعِيبٍ غيرِهما ، فله مَنْعُها ؛ لأنَّ عليه ضرَرًا وعارًا ، ويُخْشَى تعدِّيه إليها وإلى ولَدِها . ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس له مَنْعُها ؛ قِياسًا على الجَبِّ

(١) فى الأصل : « الحاكم » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى ف ، م : « لأنه » .
(٤) فى الأصل : « بمجنون » .
(٥) فى الأصل : « التزويج » .

والعُنَّةِ . فإن رَضِيا به ، جازَ ، ويُكْرَهُ . قال أحمدُ : ما يُعْجِبُنِى أنْ يُزَوِّجَها بعِنِّينٍ ، وإن رَضِيَتِ الساعَةَ فتَكْرَهُ[1] إذا دَخَلَت .

وإن حَدَثَ العَيْبُ بالرَّجُلِ ، أو وَجَدَتْه مَعِيبًا ، فرَضِيَت به المرأةُ ، لم يكنْ لوَلِيِّها إجْبارُها على الفَسْخِ ؛ لأنَّ حَقَّه فى ابْتِداءِ العَقْدِ لا فى دَوامِه ، ولهذا يَمْلِكُ مَنْعَها مِن نِكاحِ العَبْدِ ، ولو عَتَقَت تحتَ عَبْدٍ ، لم يَمْلِكْ إجْبارَها على الفَسْخِ .

فصل : وإذا اخْتَلفا فى عَيْبِ المرأةِ ، أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتِ ، فرُجِعَ [2] إلى قَوْلِهِنَّ [2] . وإنِ ادَّعَتِ المرأةُ أنَّ زَوْجَها عِنِّينٌ فأنْكَرَها ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ السَّلامَةُ . وإنِ اعْتَرفَ ، أجَّلَه الحاكِمُ عامًا منذُ رافَعَتْه ؛ لِما رَوَى سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ أنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أجَّلَ العِنِّينَ سنَةً[3] . وعن علىٍّ ، والمُغِيرَةِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، مثلُه[4] . ولأنَّ العَجْزَ قد يكونُ لعارِضٍ ؛ مِن حَرارَةٍ ، أو بُرودَةٍ ، أو يُبوسَةٍ ، أو رُطُوبَةٍ ، فإذا مضَتِ السَّنَةُ واخْتلفَت عليه الأَهْوِيَةُ ، ولم يَزُلْ ، عُلِمَ أنَّه خِلْقَةٌ . ولا تَثْبُتُ المُدَّةُ إلَّا بالحاكِمِ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ مُخْتَلَفٌ فيها ، بخِلافِ مُدَّةِ الإيلاءِ . فإذا مضَت سنَةٌ منذُ ضُرِبَتْ له

---

(١) فى الأصل : « تكره » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « ما قلن » .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى المصنف ٦/ ٢٥٣. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ٢٠٧ - ٢٠٩. والدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٣٠٥. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢٢٦. وانظر الإرواء ٦/ ٣٢٢ - ٣٢٦.

(٤) أخرج أثر على والمغيرة ، عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٥٤. وأخرج أثر المغيرة فقط ، ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ٢٠٦. والدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٣٠٦. والبيهقى فى الموضع السابق .

المُدَّةُ ولم يَطَأْها ، خُيِّرَتْ فى المُقام معه أو فِراقِه ؛ لأنَّ الحقَّ لها . فإن رَضِيَتْه عِنِّينًا ، أو قالت فى وَقْتٍ : قد[1] رَضِيتُه عِنِّينًا . لم يكنْ لها خِيارٌ بعدَ ذلك ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بالمَعِيبِ[2] ، فأَشْبَهَ ما لو رَضِيَتِ المَبِيعَ[3] المَعِيبَ . وإنِ اخْتارَت فِراقَه ، فَرَّقَ [٢٨٧ظ] الحاكِمُ بينَهما .

وإنِ اعْتَرَفَتْ أنَّه وَطِئَها مَرَّةً ، بَطَل كَوْنُه عِنِّينًا . وإنِ ادَّعَى أنَّه وَطِئَها ، فادَّعَتْ أنَّها عَذْراءُ ، أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتِ ؛ فإن شَهِدْنَ بما قالت ، فالقولُ قولُها ، وإلَّا فالقولُ قولُه . وإنِ اخْتَلفا وهى ثَيِّبٌ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ . وعنه ، القولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الإصابَةِ . وعنه ، يُخَلَّى معها فى بَيْتٍ ، ويُقالُ له : أَخْرِجْ مَاءَكَ على شىءٍ . فإن عَجَز عن ذلك ، فالقولُ قولُها . وإن فَعَل ، فالقولُ قولُه . فإنِ ادَّعَت أنَّه ليس بمَنِىٍّ ، جُعِلَ على النارِ ، فإنْ ذابَ ، فهو مَنِىٌّ ، وبَطَلَ قَوْلُها ؛ لأنَّه أَشْبَهُ[4] ببَياضِ البَيْضِ ، (٥والنارُ تُجَمِّدُه ، فإذا ذابَ هذا ، عُلِمَ أنَّه غيرُه٥) ؛ لأنَّ هذا قولُ عَطاءٍ .

وإنِ اعْتَرَفَتْ أنَّه وَطِئَ غيرَها ، أو وَطِئَها فى الدُّبُرِ ، أو فى نِكاحٍ آخَرَ ، لم تَزُلْ عُنَّتُه ؛ لأنَّه قد يَعِنُّ عن امرأةٍ دُونَ أُخْرَى ، وفى نِكاحٍ دونَ نِكاحٍ ،

---

(١) زيادة من : م .

(٢) فى ف : « المعيب » ، وفى م : « العيب » .

(٣) فى الأصل : « بالمبيع » .

(٤) فى ف : « إنما يشبه » ، وفى م : « شبيه » .

(٥ - ٥) فى م : « وذاك إذا وضع على النار يجمع وييس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به » .

والدُّبُرُ ليس بمَحَلٍّ للوَطْءِ، فأشْبَهَ ما دونَ الفَرْجِ. ويقْتَضِى قولُ أبى بَكْرٍ أنَّها متى اعْتَرفَت بوَطْئِه لغيرِها، أو لها، فى أىِّ نِكاحٍ كان، زالَتْ عُنَّتُه. وهذا اخْتِيارُ ابنِ عَقِيلٍ؛ لأنَّ العُنَّةَ جِبِلَّةٌ وخِلْقَةٌ، فلا تَبْقَى مع (1) ما يُنافيها (1).

وأدْنَى الوَطْءِ الذى يَخْرُجُ به مِن العُنَّةِ إيلاجُ الحَشَفَةِ فى الفَرْجِ؛ لأنَّه الوَطْءُ الذى تتعَلَّقُ به الأحْكامُ دونَ غيرِه. وهل يُحَلَّفُ مَن القولُ قولُه؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن؛ بِناءً على الاسْتِحْلافِ فى غيرِ دَعْوَى المالِ.

فصل: السَّبَبُ الثانى، إذا عَتَقَتِ المرأةُ وزَوْجُها عبدٌ، فلها الخِيارُ فى فَسْخِ النِّكاحِ؛ لِما روَتْ عائشَةُ، رَضِىَ اللَّهُ عنها، قالت: كاتَبَتْ بَرِيرَةُ، فخَيَّرَها رسولُ اللَّهِ ﷺ فى زَوْجِها وكان عَبْدًا، فاخْتارَتْ نفْسَها. قال عُرْوَةُ: ولو كان حُرًّا ما خَيَّرَها رسولُ اللَّهِ ﷺ. رَواه مالكٌ فى «مُوَطَّئِه»، وأبو داودَ فى «سُنَنِه» (2).

(1 - 1) فى الأصل، ف: «تنافيها».

(2) أخرجه أبو داود، فى: باب فى المملوكة تعتق وهى تحت حر أو عبد، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود 1/ 517.

كما أخرجه مسلم، فى: باب إنما الولاء لمن أعتق، من كتاب العتق. صحيح مسلم 2/ 1143. والترمذى، فى: باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج، من أبواب الرضاع. عارضة الأحوذى 5/ 101. والنسائى، فى: باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك، من كتاب الطلاق. المجتبى 6/ 135. وابن ماجه، فى: باب خيار الأمة إذا أعتقت، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه 1/ 671. والدارمى، فى: باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق، من كتاب الطلاق. سنن الدارمى 2/ 169. والإمام أحمد، فى: المسند 6/ 115، 180، 209.

ولم نجده فى الموطأ. وانظر ما تقدم تخريجه فى صفحة 252 من حديث ابن عباس.

وإن عَتَقت وزَوْجُها حُرٌّ ، فلا خِيارَ لها ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّها كَمَلَت تحتَ كامِلٍ ، فلم يَثْبُتْ لها خِيارٌ ، كما لو أَسْلَمَتِ الكِتابِيَّةُ تحتَ مُسْلِمٍ ، بخِلافِ زَوْجَةِ العَبْدِ . ولها الفَسْخُ[(١)] بنَفْسِها ؛ لأنَّه[(٢)] خِيارٌ ثَبَت بالنَّصِّ والإجْماعِ ، ولِما رَوَى الحَسَنُ بنُ[(٣)] عَمْرِو بنِ أُمَيَّةَ ، قال : سمِعتُ رِجالًا يتحَدَّثُونَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « إذَا أُعْتِقَتِ الأمَةُ ، فَهِيَ بالخِيَارِ مَا لَمْ يَطَأْهَا ، إنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ ، فَإِنْ وَطِئَهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا » . رَواه الإمامُ أحمدُ فى « المُسْنَدِ » .

وخِيارُها على التَّراخِي ؛ للخَبَرِ ، ما لم يَطَأْها ، فإن أَمْكَنَتْه مِن وَطْئِها عالمةً بالحالِ ، بَطَل خِيارُها ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه دليلٌ على رِضاها به ، فبَطَل خِيارُها ، كما لو نَطَقَت به . وإن لم تَعْلَمْ[(٤)] ، بَطَل خِيارُها أيضًا . نَصَّ

---

(١) فى الأصل : « الخيار » .

(٢) فى الأصل : « لأنها » .

(٣) فى الأصل ، م : « عن » .

والمثبت من ف موافق لما أخرجه النسائى بلفظ : « أيما أمة كانت تحت عبد فعتقت ، فهى بالخيار ما لم يطأها زوجها » . انظر باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٣/ ١٨٠. وهو موافق أيضا لما ترجمه الحافظ المزى فى : تحفة الأشراف ١١/ ١٣٨. وكذا ابن حجر ، فى : النكت الظراف . ولم نجد لحسن بن عمرو ترجمة .

وذكر الحافظ المزى أنه عند النسائى - لعله فى رواية ابن الأحمر - من طريق الشعبى عن عمرو بن أمية الضمرى ... قال النسائى : هذا عندى حديث منكر . تحفة الأشراف ١١/ ١٣٩.

والحديث فى : المسند ٤/ ٦٥، ٥/ ٣٧٨. من رواية الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه . وانظر : التاريخ الكبير للبخارى ٧/ ١١٥. الجرح والتعديل ٧/ ٦٤.

وفى المسند ٤/ ٦٦، ٣٧٨. من رواية الفضل بن الحسن بن عمرو بن أمية . وانظر : التاريخ الكبير ٧/ ١١٤، ١١٥. تهذيب التهذيب ٨/ ٢٦٩، ٢٧٠.

(٤) فى الأصل : « يعلم » .

عليه أحمدُ ؛ للخَبَرِ . وقال القاضى ، وأبو الخَطّابِ : لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّ تَمْكِينَها مع جَهْلِها لا يدُلُّ على رِضاها به . وإن لم تَعْلَمْ بالعِتْقِ حتى وَطِئَها ، ففيه وَجْهان كالتى قبلَها . فعلى هذا ، إنِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بالعِتْقِ وهى ممَّن يَجُوزُ خَفاؤُه عليها ؛ لبُعْدِها عن المُعْتِقِ[1] ، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها . وإن كانت ممَّن لا يخْفَى عليها ذلك ؛ لقُرْبِه واشْتِهارِه ، لم يُقْبَلْ قولُها . [٢٨٨و] وإنِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بثُبُوتِ الخِيارِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُه إلَّا خَواصُّ النّاسِ .

وإن أُعْتِقَ[2] العَبْدُ قبلَ اخْتِيارِها[3] ، بَطَل خِيارُها ؛ لأنَّ الخِيارَ لدَفْعِ الضَّرَرِ الحاصِلِ بالرِّقِّ ، وقد زالَ بعِتْقِه ، فزالَ ، كرَدِّ المَعِيبِ إذا زالَ عَيْبُه . ولو أُعْتِقَا معًا ، فلا خِيارَ لها . وعنه ، لها الخِيارُ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّها لو عَتَقت تحتَ حُرٍّ لم يَثْبُتْ لها خِيارٌ ؛ لعدَمِ الضَّرَرِ ، فكذا هـٰهُنا .

ويُسْتَحَبُّ لِمَن أرادَ عِتْقَ عَبْدِه وجارِيَتِه المُتَزَوِّجَيْن البَداءَةُ بعِتْقِ الرجلِ ؛ لِئَلَّا يكونَ للمرأةِ عليه خِيارٌ ، وقد روَى أبو داودَ[4] عن عائشَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، أنَّه كانَ لها[5] غُلامٌ وجارِيَةٌ ، فقالت للنبىِّ ﷺ : إنِّى أُرِيدُ أنْ

---

(١) فى الأصل : « العتق » .

(٢) فى الأصل : « عتق » .

(٣) فى الأصل : « خيارها » .

(٤) فى : باب فى المملوكين يعتقان معا هل تخير امرأته ؟ من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥١٨.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٣/ ١٨٠. وابن ماجه ، فى : باب من أراد عتق رجل وامرأته فليبدأ بالرجل ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٦.

(٥) سقط من : م .

أُعْتِقَهما، فقالَ لها: «فَابْدَئِى بالرَّجُلِ».

فصل: وإن عَتَقَتِ المجْنُونَةُ والصَّغِيرَةُ، فلا خِيارَ لهما؛ لأنَّهما لا عَقْلَ لهما، ولا قَوْلٌ مُعْتَبَرٌ، ولا يَمْلِكُه وَلِيُّهما؛ لأنَّ هذا طَرِيقُه الشَّهْوَةُ، فلا يدْخُلُ تحتَ الوِلايَةِ، كالقِصاصِ. فإذا بَلَغَتِ الصغيرةُ، وعقَلَتِ المجْنُونَةُ، فلهما الخِيارُ حِينَئِذٍ؛ لكونِهما صارَا على صِفَةٍ يُعْتَبَرُ كلامُهما. والحُكْمُ فى وَطْئِهما، كالحُكْمِ فى وَطْءِ الجاهِلَةِ بالعِتْقِ.

فصل: إذا عَتَق بعضُ الأمَةِ، فلا خِيارَ لها، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن. اخْتارَها الخِرَقِىُّ؛ لأنَّه لا نَصَّ فيها، ولا يَصِحُّ قِياسُها على مَن عَتَق جَمِيعُها؛ لأنَّها أكْمَلُ منها. والثانيةُ، لها الخِيارُ. اخْتارَها أبو بَكْرٍ؛ لأنَّها أكْمَلُ مِن زَوْجِها، فأشْبَهَتِ الكامِلَةَ العِتْقِ.

فصل: إذا فَسَخت قبلَ الدُّخولِ، سَقَط مَهْرُها؛ لأنَّ الفَسْخَ مِن جِهَتِها. وعنه، يَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ للسَّيِّدِ؛ لأنَّه المُسْتَحِقُّ له، فلا يسْقُطُ بفِعْلٍ[1] مِن جِهَةِ غيرِه. وإن رَضِيَتْه، فالمَهْرُ للسَّيِّدِ؛ لأنَّه اسْتَحقَّه بالعَقْدِ. وإن فَسَخت بعدَ الدُّخولِ، اسْتَقَرَّ المُسَمَّى للسَّيِّدِ؛ لأنَّه وَجَب له بالعَقْدِ واسْتَقَرَّ بالدُّخولِ، فأَشْبَهَ ما لو ارْتَدَّتْ.

وإن طَلَّقَها قبلَ اخْتِيارِها، وَقَع طَلاقُه، ولسَيِّدِها نِصْفُ المَهْرِ إن كان قبلَ الدُّخولِ، وجميعُه إن كان بعدَه. وقال القاضى: طَلاقُه مَوْقُوفٌ، إن

---

(١) فى م: «نصفه».

فَسَخت ، تَبَيَّنَّا أنَّه لم[1] يَقَعْ ، وإن لم تَفْسَخْ ، وَقَع . ولنا ، أنَّه طَلاقٌ مِن زَوْجٍ جائزِ التَّصَرُّفِ فى نِكاحٍ صحيحٍ ، فوَقَع ، كما لو لم تَعْتِقْ[2] .

فصل[3] : وإن طَلَّقَها الزَّوْجُ طَلاقًا بائنًا ، ثم أُعْتِقَت ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّه لا نِكاحَ بينَهما يُفْسَخُ . وإن كان رَجْعِيًّا ، فلها الفَسْخُ فى العِدَّةِ ؛ لأنَّ نِكاحَها باقٍ يُمْكِنُ[4] فَسْخُه ، فإذا فَسَخَت ، انْقطَعتِ الرَّجْعَةُ ، وبَنَت على ما مَضَى مِن العِدَّةِ ، كما لو طَلَّقَها بائنَةً . وإنِ اخْتارَتِ المُقامَ معه ، بَطَل خِيارُها ؛ لأنَّها حالَةٌ صَحَّ منها اخْتِيارُ الفَسْخِ ، فصَحَّ اخْتِيارُ المُقامِ ، كصُلْبِ النِّكاحِ .

فصل : السَّبَبُ الثالثُ ، الغُرُورُ ، فلو تزَوَّجَتِ المرأةُ رجلًا مُطْلَقًا ، أو على أنَّه حُرٌّ فبان عَبْدًا ، فلها الخِيارُ فى فَسْخِ النِّكاحِ ؛ لأنَّها إذا مَلَكَتِ الفَسْخَ للحُرِّيَّةِ[5] الطارِئَةِ ، فللسّابِقَةِ أَوْلَى . ولها الفَسْخُ مِن غيرِ حاكمٍ ، كما لو عَتَقَت تحتَ عَبْدٍ . ومَن جَعَل الحُرِّيَّةَ مِن شُروطِ الكَفاءَةِ ، والكَفاءَةَ مِن شرُوطِ النِّكاحِ ، أبْطَلَه ؛ لفَواتِ شَرْطِه .

فصل : وإن تزَوَّجَ أمَةً على أنَّها حُرَّةٌ ، أو[6] يَظُنُّها حُرَّةً ، وهو مِمَّن لا[1]

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « يعتق » ، وغير منقوطة فى الأصل .

(٣) سقط هذا الفصل من الأصل .

(٤) فى م : « ويمكن » .

(٥) فى م : « بالحرية » .

(٦) بعده فى ف : « ممن » .

يَحِلُّ له نِكاحُ الإماءِ، (١) فالنِّكاحُ فاسِدٌ، وعليه فِراقُها متى عَلِم، وحُكْمُه حُكْمُ الأَنْكِحَةِ الفاسِدَةِ فى المَهْرِ وغيرِه. وإن كانَ مِمَّنْ تَحِلُّ له الإماءُ (١)، فالنِّكاحُ صحيحٌ؛ لأنَّ فَواتَ صِفَةٍ فى (٢) المَعْقُودِ عليه لا يُفْسِدُ العَقْدَ، كما لو تزَوَّجَها على أنَّها بَيْضاءُ فبانَت سَوْداءَ. وفى المَوْضِعَيْن متى أصابَها فوَلَدَت منه، فالوَلَدُ حُرٌّ، حُرًّا كان الزَّوْجُ أو عَبْدًا؛ لأنه اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَها.

وعليه فِدَاءُ أوْلادِه؛ لأنَّ عُمَرَ، وعليًّا، وابنَ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم، قَضَوْا بذلك. وعنه، ليس عليه فِداؤُهم؛ [٢٨٨ظ] لأنَّ الوَلَدَ ينْعَقِدُ حُرًّا، فلم يَضْمَنْه لسَيِّدِها؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه. وعنه، يُقالُ للزَّوْجِ: افْتَدِ وَلَدَكَ، وإلَّا فهم يَتْبَعُونَ الأُمَّ. والمَذْهَبُ الأوَّلُ.

وله فَسْخُ نِكاحِها إن أحَبَّ؛ لأنَّه غُرورٌ بالحُرِّيَّةِ، أشْبَهَ غُرورَ المرأةِ. فإن فَسخ قبلَ الدُّخولِ، فلا مَهْرَ عليه؛ لأنَّ الفَسْخَ لسَبَبٍ مِن جِهَتِها. وإن فارَقَها بعدَ الدُّخولِ، فعليه المَهْرُ بما أصابَ منها.

ويَرْجِعُ بما غَرِمَه مِن المَهْرِ، وفِداءِ الأوْلادِ فى المَوْضِعَيْن على مَن غَرَّه. نَصَّ عليه أحمدُ. وذكَره الخِرَقِىُّ؛ لأنَّ الصَّحابةَ الذين ذكَرْناهم قَضَوْا به. وعن أحمدَ، لا يَرْجِعُ بالمَهْرِ. وهو اختيارُ أبى بَكْرٍ؛ لأنَّه يُرْوَى عن علىٍّ، رضِىَ اللَّهُ عنه (٤). ولأنَّه وَجَب فى مُقابَلَةِ نَفْعٍ وَصَل إليه. وظاهِرُ المَذْهَبِ

(١ - ١) سقط من: الأصل.
(٢) سقط من: الأصل، وفى ف: «من».
(٣ - ٣) زيادة من: الأصل.
(٤) انظر ما تقدم فى صفحة ٢٩٨.

الأَوَّلُ ؛ لأنَّ العاقِدَ ضَمِن له سَلامَةَ الوَطْءِ ، كما ضَمِن له سَلامَةَ الوَلَدِ ، فوَجَب أن يَرْجِعَ به ، كقِيمَةِ الوَلَدِ .

فصل : ويَفْدِى الأَوْلادَ بقِيمَتِهم يَوْمَ الوِلادَةِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه . ولأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِهم يومَ وَضْعِهم ، فاعْتُبِرَ فِداؤُهم يَوْمَئِذٍ . وتجِبُ القِيمَةُ ؛ لأنَّه ضَمانٌ وَجَب لفَواتِ حُرِّيَّةٍ ، فأَشْبَهَ ضَمانَ حِصَّةِ شَريكِه إذا سَرَى العِتْقُ إليه . وعنه ، يَفْدِيهم بعَبِيدٍ[1] مِثْلِهم ؛ لأنَّه يُرْوَى عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قَضَى بفِداءِ وَلَدِه بِغُرَّةٍ غُرَّةٍ ، مكانَ كُلِّ غُلامٍ غُلامٌ ، ومَكانَ كُلِّ جارِيَةٍ جارِيَةٌ . ولأنَّ الوَلَدَ حُرٌّ ، فلا يُضْمَنُ بقِيمَتِه ، كسائرِ الأحْرارِ . وعنه ، أنَّه مُخَيَّرٌ بينَ فِدائِهم بمِثْلِهم وقِيمَتِهم ؛ لأنَّ الأمْرَيْنِ يُرْوَيانِ جميعًا عن عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه .

فإن فَداهم بمِثْلِهم ، وَجَب مِثْلُهم فى القِيمَةِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ؛ لأنَّ الحَقَّ يَنْجَبِرُ بذلك . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ إلى صِفاتِهم تَقْرِيبًا ؛ لأنَّ الآدَمِىَّ ليس مِن ذَواتِ الأمْثالِ .

ولا يُفْدَى منهم إلَّا مَن وُلِدَ حَيًّا فى وَقْتٍ يعيشُ مِثْلُه ، سَواءٌ عاشَ أو ماتَ بعدَ ذلك ؛ لأنَّ غيرَ ذلك لا قِيمَةَ له .

فصل : وإن كان المَغْرُورُ عَبْدًا ، فوَلَدُه أحْرارٌ ؛ لأنَّه وَطِئَها يَعْتَقِدُ حُرِّيَّتَها ، فكان ولَدُه حُرًّا ، كوَلَدِ الحُرِّ . وعليه فِداؤُهم ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّهم . وهل يتعَلَّقُ فِداؤُهم برَقَبَتِه أو بذِمَّتِه ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، برَقَبَتِه ،

---

(١) فى ف : « بعبد » .

كأَرْشِ جنايَتِه . والثانى ، بذِمَّتِه ، كعِوَضِ الخُلْعِ مِن الأَمَةِ ، ويَرْجِعُ به على مَن غرَّه . فإن قلنا : برَقَبَتِه . رَجَع به فى الحالِ ؛ لأنَّه يُؤْخَذُ مِن سَيِّدِه فى الحالِ . وإن قلنا : يتَعلَّقُ بذِمَّتِه . لم يَلْزَمْه أدَاؤُه حتى يَعْتِقَ ، ولا يَرْجِعُ به حتى يَغْرَمَه ؛ لأنَّه لا يَرْجِعُ بشىءٍ لم يَفُتْ عليه ، وتُتَعَجَّلُ حُرِّيَّتُهم فى الحالِ . وللعَبْدِ الخِيارُ إذا عَلِم . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ ؛ لأنَّه فَقْدُ صِفَةٍ لم يَنْقُصْ بها عن رُتْبَتِه ، فأشْبَهَ ما لو شَرَط نَسَبَ امرأةٍ فبانَ خِلافُه . والأوَّلُ ظاهِرُ المذهبِ ؛ لأنَّه مَغْرُورٌ بحُرِّيَّةٍ ، فملَكَ الفَسْخَ ، كالحُرِّ الذى يُباحُ له نِكاحُ الإماءِ .

وإن غُرَّتِ الأَمَةُ بعَبْدٍ ، فتزوَّجَتْه على أنَّه حُرٌّ ، فلها الخِيارُ أيضًا ؛ لأنَّها مَغْرُورَةٌ بحُرِّيَّةِ مَن ليس بحُرٍّ ، أشْبَهَتِ المرأةَ[1] الحُرَّةَ والعَبْدَ المَغْرُورَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ لها خِيارٌ ؛ لأنَّه يُكافِئُها[2] ، ولا يُؤَثِّرُ رِقُّه فى إرْقاقِ ولَدِها ، فأَشْبَهَ ما لو شَرَطتْه أشْرَفَ نسَبًا منها ، فتَبَيَّنَ أنَّه مِثْلُها .

[٢٨٩و] **فصل** : فإن غرَّها بنَسَبِه وكان مُخِلًّا بالكَفاءَةِ ، فقد مَضَى القولُ فيه . وإن لم [3]يكنْ مُخِلًّا[3] بها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا خِيارَ لها ؛ لأنَّ زِيادَةَ نسَبِه عليها لا يضُرُّها فَواتُه ، فأَشْبَهَ ما لو شَرَطتْه جَمِيلًا أو فَقِيهًا فبانَ بخِلافِه[4] . والثانى ، لها الخِيارُ ؛ لأنَّها شَرَطَت ما يُقْصَدُ ، فأَشْبَهَ

---

(١) زيادة من : م .

(٢) فى ف : « مكافئها » .

(٣ - ٣) فى ف ، م : « يخل » .

(٤) فى ف : « خلافه » .

شَرْطَ الصِّفَةِ المَقْصُودَةِ فى المَبِيعِ .

فصل : وإن شَـرَطها بِكْرًا فبانَت ثَيِّبًا ، أو نَسِيبَةً ، أو جميلةً ، أو بَيْضاءَ ، (1) فبانَتْ بخِلافِه (1) ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يُرَدُّ فيه بعَيْبٍ سِوَى العُيوبِ السَّبْعَةِ ، فلا يُرَدُّ بمُخالفَةِ الشَّرْطِ ، كما لو شَرَطت ذلك فى الرَّجُلِ . والثانى ، له الخِيارُ ؛ لأنَّها صِفاتٌ مَقْصُودَةٌ ، فصَحَّ شَرْطُها ، كالحُرِّيَّةِ .

وإن شَرَطها مُسْلِمَةً فبانَتْ كافِرَةً ، أو (2) تزَوَّجها فى دارِ الإسْلامِ يَظُنُّها مُسْلِمَةً فبانت كافِرَةً ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ وضَرَرٌ يتَعَدَّى إلى الوَلَدِ ، فمَلَك الخِيارَ به إذا شَرَط عَدَمَه ، كالرِّقِّ .

وإن تزَوَّجها على أنَّها كِتابِيَّةٌ فبانت مُسْلِمَةً ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّها زِيادَةٌ . وقال أبو بَكْرٍ : له الخِيارُ ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى إسْقاطِ العِباداتِ عنها ، فيَضُرُّه فَواتُه .

وإن تزَوَّجها على أنَّها أمَةٌ فبانت حُرَّةً ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّها زِيادَةٌ . وكذلك لو شَرَطها على صِفَةٍ فبانت (3) على صِفَةٍ خيرٍ (3) منها ؛ لأنَّه نَفْعٌ ، فلم يَثْبُتْ به الخِيارُ ، كما لو شَرَطه فى المَبِيعِ . واللَّهُ أعلمُ .

(1 - 1) فى ف : « فبان خلافه » .

(2) فى الأصل : « و » .

(3 - 3) فى ف ، م : « خيرا » .

فصل[1] : السَّبَبُ الرابعُ ، الإعْسارُ بالنَّفَقَةِ ونحوِها ، على ما نذْكُرُه في مَوْضِعِه ، ومُخالَفَتُه شَرْطَها اللَّازِمَ ، كاشْتِراطِها دارَها ، ونحوها ، على ما مَضَى . واللَّهُ أعلمُ .

(١) هذا الفصل سقط من الأصل.



بابُ نِكاحِ الكُفّارِ

أنْكِحَتُهم صحيحةٌ إذا اعْتقَدُوا إباحَتَها فى شَرْعِهم، وإن خالَفت أنْكِحَةَ المسلمين[1]، إلَّا أن يتزوَّجَ مُحَرَّمَةً عليه؛ لأنَّه أسْلَمَ خَلْقٌ كثيرٌ فى عَصْرِ رسولِ اللَّهِ ﷺ، فأقرَّهم على أنْكِحَتِهم، ولم يَكْشِفْ عن كَيْفِيَّتِها.

ولا يُتَعرَّضُ[2] لهم ما لم يَترافَعُوا إلينا؛ لأنَّنا صالَحْناهم على إقْرارِهم على دِينِهم. وعن أحمدَ فى مَجُوسِيٍّ تزَوَّجَ نَصْرانِيَّةً، أو مَلَك نَصْرانِيَّةً: يَحُولُ بينَهما الإمامُ. فيُخَرَّجُ مِن هذا أنَّه يُفَرَّقُ بينَهم وبينَ[3] ذَواتِ المَحَارِمِ؛ لأنَّ عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، كَتَب أنْ فَرِّقُوا بينَ كُلِّ ذِى[4] مَحْرَمٍ مِن المجُوسِ[5]. وإن مَلَك نَصْرانِيٌّ مَجُوسِيَّةً، لم يُحَلْ بينَهما؛ لأنَّه أعْلَى منها. وقال أبو بكرٍ: يُمْنَعُ مِن وَطْئِها أيضًا، كما يُمْنَعُ المجُوسِيُّ مِن النَّصْرانِيَّةِ.

---

(١) بعده فى م: «فهى صحيحة».

(٢) فى ف: «نتعرض».

(٣) فى ف: «من».

(٤) بعده فى م: «رحم».

(٥) أخرجه البخارى، فى: باب الجزية ...، من كتاب الجزية. صحيح البخارى ٤/ ١١٧. وأبو داود، فى: باب أخذ الجزية من المجوس، من كتاب الخراج. سنن أبى داود ٢/ ١٥٠. والإمام أحمد، فى: المسند ١/ ١٩٠، ١٩١.

فأمَّا إن أسْلَمُوا أو تَرافَعُوا إلينا ، لم يُنْظَرْ فى كيْفِيَّةِ عقْدِهم ، و[1] نظَرْنا فى الحالِ ؛ فإن كانتِ المرأةُ ممَّن يَجُوزُ عَقْدُ نِكاحِها فى الحالِ ، أَقْرَرْناهما[2] ، وإن كانت ممَّن يَحْرُمُ تَزْوِيجُها[3] فى الحالِ ؛ كذاتِ مَحْرَمِه ، والمُعْتَدَّةِ ، والمُطَلَّقَةِ ثلاثًا ، فرَّقْنا بينَهما . وإن تزَوَّجَها بشَرْطِ الخِيارِ مُدَّةً ، أو فى عِدَّتِها ، ثم أسْلما فى المُدَّةِ أو[4] العِدَّةِ ، فرَّقْنا بينَهما كذلك[5] . وإن أسْلَما بعدَ انْقِضائِهما ، أقْرَرْناهما عليه[6] .

وإن قَهَر حَرْبِيٌّ حَرْبِيَّةً ، فوَطِئَها أو[7] طاوَعَتْه ، واعْتقَداه نِكاحًا ، أقْرَرْناهما عليه ، وإلَّا فلا .

وإن أسْلَمَا وبينَهما نِكاحُ مُتْعَةٍ ، أو نِكاحٌ شُرِطَ فيه الخِيارُ [٢٨٩ظ] متى شاء ، لم يُقَرَّا عليه ؛ لأنَّهما لا يَعْتَقِدانِ لُزومَه ولا تَأْبِيدَه ، وإنِ اعْتقَدا فَسادَ الشَّرْطِ وَحْدَه ، أُقِرَّا عليه .

فصل : وإذا أسْلَمَ الزَّوْجانِ معًا ، فهما على نِكاحِهما ، سَواءٌ أسْلَما قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ؛ لأنَّ ذلك إجماعٌ ، ولأنَّه لم يُوجَدْ بينَهما[8] اخْتِلافُ

---

(١) سقط من : الأصل ، ف .
(٢) فى الأصل : « أقررناها » .
(٣) فى م : « نكاحها » .
(٤) فى الأصل ، ف : « و » .
(٥) فى الأصل : « لذلك » .
(٦) زيادة من : م .
(٧) فى م : « و » .
(٨) فى ف : « منهما » .

دِينٍ يَقْتَضِى الفُرْقَةَ . وإن سَبَق أَحدُهما صاحِبَه ، وكان المُسْلِمُ زَوْجَ كِتابِيَّةٍ ، فالنِّكاحُ بحالِه ؛ لأنَّه يَحِلُّ له ابْتِداءُ نِكاحِها . وإن أسْلَمَتِ المرأةُ قبلَه ، أو أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْن الوَثَنِيَّيْن أو المَجُوسِيَّيْن قبلَ الدُّخولِ ، بانَت منه امرأتُه[(1)] ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾[(2)] . وقولِه سبحانه وتعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[(2)] . وتقَعُ الفُرْقَةُ بسَبْقِ أحَدِهما الآخَرَ بلَفْظِه ؛ لأنَّه يحْصُلُ بذلك اخْتِلافُ الدِّينِ المُحَرِّمُ . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ على المَجْلِسِ ، كالقَبْضِ ؛ لأنَّ حُكْمَ المَجْلِسِ حُكْمُ حالَةِ العَقْدِ ، ولأنَّه يَتَعَذَّرُ[(3)] اتِّفاقُهما على النُّطْقِ بكلمةِ الإسْلامِ دَفْعَةً واحدَةً .

فإن كان إسْلامُ أحَدِهما بعدَ الدُّخولِ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ ؛ لِما ذكَرْنا . والثانيةُ ، تَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فإن أسْلَمَ الآخَرُ فيها ، فهما على نِكاحِهما ، وإنْ لم يُسْلِمْ حتى انْقضَت ، تَبَيَّنَّا أنَّ الفُرْقَةَ وَقَعَت حينَ أسْلَمَ الأوَّلُ ، بحيثُ لو كان وَطِئَها فى عِدَّتِها ولم يُسْلِمْ ، أُدِّبَ ، ولها عليه مَهْرُ مِثْلِها ؛ لِما رَوَى ابنُ شُبْرُمَةَ[(4)] قال : كان النّاسُ على عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ يُسْلِمُ الرجلُ قبلَ المرأةِ ، والمرأةُ قبلَه ، فأيُّهما أسْلَمَ قبلَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المرأةِ ، فهى امرأتُه ، وإن أسْلَمَ بعدَ العِدَّةِ ، فلا نِكاحَ

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) سورة الممتحنة ١٠ .

(3) فى الأصل : « ينعقد » ، وفى م : « يبعد » .

(4) عبد اللَّه بن شبرمة بن حسان الضبى ، أبو شبرمة الكوفى القاضى ، من فقهاء التابعين ، توفى سنة أربع وأربعين ومائة . طبقات الفقهاء ، للشيرازى ٨٤ . تهذيب التهذيب ٥/ ٢٥٠، ٢٥١ .

بينَهما[1] . ولم يُعْلَمْ أنَّ النبيَّ ﷺ فرَّقَ بينَ زَوْجَيْن أسْلَما ، مع أنَّ جماعَةً منهم[2] أسْلَمُوا قبلَ أزْواجِهم ؛ منهم أبو سُفْيانَ ، وجماعَةً أسْلَمَ أزْواجُهم[3] قبلَهم ؛ منهم صَفْوانُ بنُ أُمَيَّةَ[4] ، وعِكْرِمَةُ[5] ، وأبو العَاصِ ابنُ الرَّبِيعِ[6] .

والفُرْقَةُ الواقعةُ بينَهما فَسْخٌ ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ عَرِيَت عن الطَّلاقِ ، فكانت فَسْخًا ، كسائرِ الفُسوخِ .

فصل : وإن أسْلَمَ الحُرُّ وتحتَه أكْثَرُ مِن أرْبَعِ نِسْوَةٍ[7] فأسْلَمْنَ معه ، أو[8] كُنَّ كِتابِيّاتٍ ، أُمِرَ أن يَخْتارَ مِنْهُنَّ أرْبَعًا ، ويُخَلِّيَ سائرَهُنَّ ، سَواءٌ تزوَّجَهُنَّ فى عَقْدٍ أو عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وسَواءٌ اخْتارَ أوَّلَ مَن عَقَد عليها أو آخِرَهُنَّ ؛ لِما روَى قَيْسُ بنُ الحارِثِ ، قال : أسْلَمْتُ وتحتِى ثَمانِ[9] نِسْوَةٍ ، فأتَيْتُ النبيَّ

---

(١) انظر الكلام عليه فى : الإرواء ٦/ ٣٣٩.

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « أزواجهن » .

(٤) انظر : الموطأ ٢/ ٥٤٣، ٥٤٤. السنن الكبرى ٧/ ١٨٦، ١٨٧.

(٥) انظر : الموطأ ٢/ ٥٤٥. السنن الكبرى ٧/ ١٨٧.

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥١٩. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الزوجين المشركين ....، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٨٢. وابن ماجه ، فى : باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٤٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢١٧، ٢٦١. وصححه فى الإرواء ٦/٣٣٩ - ٣٤١.

(٧) سقط من : ف ، م .

(٨) فى ف : « و » .

(٩) فى الأصل : « ثلاث » .

ﷺ فقلتُ له ذلك ، فقال : « اخْتَرْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا » . رَواه أبو داودَ[1] .

فإن أبَى ، أُجْبِرَ بالحَبْسِ والتَّعْزيرِ ؛ لأنَّه حقٌّ عليه يُمْكِنُه إيفاؤُه ، فأُجْبِرَ عليه ، كالدَّيْنِ . ولا يَمْلِكُ الحاكِمُ الاخْتِيارَ عنه ؛ [2]لأنَّ الحقَّ[2] لغيرِ مُعَيَّنٍ . فإن جُنَّ ، خُلِّيَ حتى يُفِيقَ ، ثم يُخَيَّرَ ؛ لأنَّه عَجَز عن الاخْتِيارِ ، فأشْبَهَ العاجِزَ[3] عن الدَّيْنِ بالإعْسارِ . وعليه نفَقَةُ الجميعِ إلى أن يَخْتارَ ؛ لأنَّهُنَّ مَحْبُوساتٌ عليه بحُكْمِ النِّكاحِ .

فإن ماتَ قبلَ الاخْتِيارِ ، لم يَقُمْ وارِثُه مَقامَه ؛ لِما ذكَرْنا ، ولَزِمَ جَميعَهُنَّ العِدَّةُ ؛ لأنَّ كلَّ واحدَةٍ يجوزُ أن تكونَ زَوْجَةً . وعِدَّةُ الحامِلِ وَضْعُ حَمْلِها ، وعِدَّةُ ذَواتِ الأَشْهُرِ أرْبَعَةُ أشْهُرٍ وعشرٌ ، وعِدَّةُ ذَواتِ [٢٩٠و] الأَقْراءِ أَطْوَلُ الأجَلَيْن مِن ثلاثَةِ قُروءٍ و[4]عِدَّةِ الوَفاةِ ؛ ليَسْقُطَ الفَرْضُ بيَقِينٍ . والمِيراثُ لأرْبَعٍ مِنْهُنَّ بالقُرْعَةِ ، إلَّا أن يَصْطَلِحْنَ عليه ، فيكونَ بينَهُنَّ على ذلك .

فصل : والاخْتِيارُ أن يقولَ : قد[5] اخْتَرْتُ هؤلاء . أو : نِكاحَ هؤلاء .

---

(١) في : باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/ ٥١٩.

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٨. وحسنه في الإرواء ٦/ ٢٩٥، ٢٩٦.

(٢ - ٢) في م : « لأنه حق » .

(٣) في الأصل : « العجز » .

(٤) في ف : « أو » .

(٥) سقط من : الأصل .

أو : أمْسَكْتُهُنَّ . أو نحوَ هذا . وإن قال : اخْتَرْتُ فَسْخَ نِكاحِ هؤلاء . كان اخْتِيارًا لغَيْرِهِنَّ .

وإن طلَّقَ واحدةً ، كان اخْتِيارًا لها ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا يكونُ إلَّا لزَوْجَةٍ . وإن قال : فارَقْتُ هذه . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يكونُ اخْتِيارًا لنِكاحِها ؛ لأنَّ الفِراقَ طَلاقٌ . والثانى ، يكونُ فَسْخًا لنِكاحِها ، واخْتِيارًا لغيرِها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « أَمْسِكْ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا ، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ »[1] . وهذا يقْتَضِى أن يكونَ لَفْظُ الفِراقِ صريحًا فى تَرْكِ نِكاحِها . وإن وَطِئَ إحْداهُنَّ ، كان اخْتِيارًا لها ، فى قياسِ المَذْهَبِ ، كما لو وَطِئَ الجارِيَةَ المَبِيعَةَ[2] فى مُدَّةِ الخِيارِ . وإن آلَى أو[3] ظاهَرَ منها ، لم يكنِ اخْتِيارًا لها ؛ لأنَّه يَصِحُّ فى غيرِ زَوْجَةٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّه اخْتِيارٌ لها ؛ لأنَّه لا يُؤَثِّرُ إلَّا فى زَوْجَةٍ . فإن طلَّقَ الجميعَ ، أُقْرِعَ بينَهنَّ ، فإذا وَقعتِ القُرْعَةُ على أرْبَعٍ منهُنَّ ، فهُنَّ المُخْتاراتُ ، فيَقَعُ طَلاقُه بهِنَّ ، وينْفَسِخُ نِكاحُ[4] البَواقِى . وله نِكاحُ مَن شاءَ منهُنَّ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المُطَلَّقاتِ .

وإن أسْلَمَ قبلَهُنَّ ، وقال : كُلَّما أسْلَمَتْ واحِدَةٌ منهُنَّ فقد اخْتَرْتُها . أو : فقد فَسَخْتُ نِكاحَها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الاخْتِيارَ والفَسْخَ لا يَصِحُّ تعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا على غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّه كالعَقْدِ ، ولأنَّ الفَسْخَ إنَّما

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٧٤.

(٢) فى م : « المعيبة » .

(٣) فى الأصل : « و » .

(٤) فى م : « طلاق » .

يُسْتَحَقُّ فيما زادَ على الأرْبَعِ، وقد يَجُوزُ أن لا[1] يُسْلِمَ أكْثَرُ مِن أرْبَعٍ.

وإن قال: كُلَّما أسْلَمَتْ واحِدَةٌ فهى طالِقٌ. ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يَصِحُّ؛ لأنَّ الطَّلاقَ يَصِحُّ تعْليقُه على شَرْطٍ. وكلَّما أسْلَمَت واحِدَةٌ، طَلُقَتْ، وكان اخْتِيارًا لها. والثانى، لا يَصِحُّ؛ لأنَّه يَتَضَمَّنُ الاخْتِيارَ الذى لا يَصِحُّ تعليقُه بالشَّرْطِ.

وإن قال: اخْتَرْتُ فُلانَةَ. أو: فَسَخْتُ نِكاحَها. قبلَ إسْلامِها، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه ليس بوَقْتٍ لاخْتِيارٍ ولا فَسْخٍ. وإن طَلَّقها، كان مَوْقُوفًا؛ إن أسْلَمَت تبَيَّنّا وُقوعَ طَلاقِه، وإلَّا فلا.

وإن وَطِئَ واحدةً، فأسْلَمَت فى عِدَّتِها، تبَيَّنَّا أنَّه وَطِئَ زَوْجَته. وإن لم تُسْلِمْ[2] فقد وَطِئَ أجْنَبِيَّةً.

وإن طلَّقَ الجميعَ، فأسْلَمْنَ فى العِدَّةِ، أُمِرَ باخْتِيارِ أرْبَعٍ مِنهنَّ، فتَبَيَّنَ وُقوعُ طَلاقِه بهِنَّ، ويَعْتَدِدْنَ مِن حينِ طَلاقِه، وبانَ سائرُهُنَّ بغيرِ طَلاقٍ.

فصل: وإن أسْلَمَ عبدٌ وتحته أكْثَرُ مِن اثْنَتَيْن، فأسْلَمْنَ معه، لَزِمَه اخْتِيارُ اثْنَتَيْن؛ لأنَّهما فى حقِّه كالأرْبَعِ فى حقِّ الحُرِّ. فإن عَتَق قبلَ الاخْتِيارِ، لم يَجُزْ له الزِّيادَةُ على اثْنَتَيْن؛ [3]لأنَّه ثَبَت[3] له الاخْتِيارُ وهو عَبْدٌ. وإن أسْلَمَ وعَتَق ثم أسْلَمْنَ، أو أسْلَمْنَ ثم عَتَق، ثم أسْلَمَ[4]، لَزِمَه

(١) سقط من: ف.
(٢) فى الأصل: «يسلم».
(٣ - ٣) سقط من: الأصل.
(٤) سقط من: الأصل.

نِكاحُ أرْبَعٍ ؛ لأنَّه فى وَقْتِ الاخْتِيارِ مِمَّن له نِكاحُ أرْبَعٍ .

فصل : ومَن أسْلَمَ وتحتَه أُخْتانِ ، لَزِمَه أن يَخْتارَ إحْداهما ؛ لِما رَوَى الضَّحّاكُ بنُ فَيْرُوزَ عن أبيه قال : قلتُ : يارسولَ اللَّهِ ، إنِّى أسْلَمْتُ وتَحْتِى أُخْتانِ . قال : « طَلِّقْ أَيَّتَهُما شِئْتَ » . رَواه أبو داودَ[(1)] . ولأنَّ الجمعَ بينَهما مُحَرَّمٌ ، فأشْبَهَ الزِّيادةَ [(2)] على الأَرْبَعِ[(2)] . وهكذا القولُ فى المرأةِ وعَمَّتِها ، والمرأةِ وخالَتِها ؛ لأنَّ جَمْعَهما مُحَرَّمٌ .

وإن أسْلَمَ وتحتَه امرأةٌ وبِنْتُها ولم يَدْخُلْ بالأُمِّ ، انْفَسَخ نِكاحُها ؛ لأنَّها تَحْرُمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على ابْنَتِها ، وثَبَت [٢٩٠ظ] نِكاحُ بِنْتِها ؛ لأنَّها لا تَحْرُمُ قبلَ الدُّخولِ بأُمِّها . وإن كانَ قد دَخَل بالأُمِّ ، انْفَسَخَ نِكاحُهما ، وحَرُمَتا على التَّأْبِيدِ .

فصل : ولو أسْلَمَ حُرٌّ وتحتَه إماءٌ ، فأسْلَمْنَ معه ، وهو مِمَّن لا يَحِلُّ له نِكاحُ الإماءِ ، انْفَسَخَ نِكاحُهُنَّ[(3)] . وإن كان مِمَّن يَحِلُّ له نِكاحُ الإماءِ ،

---

(١) فى : باب من أسلم وعنده أكثر من أربع أو أختان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥١٩.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أختان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٢٣٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٨٤، ١٨٥.

وبلفظ : « اختر » . أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده أختان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٦٣.

(٢ - ٢) فى ف : « عن أربع » .

(٣) فى م : « نكاح الإماء » .

اخْتارَ منهُنَّ واحِدَةً ؛ لأنَّه يَمْلِكُ ابْتِداءَ نِكاحِها ، فمَلَكَ اخْتِيارَها ، كالحُرَّةِ .

ولو أسْلَمَ وهو مُوسِرٌ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى أعْسَرَ ، فله الاخْتِيارُ منهُنَّ ؛ لأنَّ وَقْتَ الاخْتِيارِ حينَ اجْتِماعِهِم[1] على الإسْلامِ ، فاعْتُبِرَ حالُه حِينَئِذٍ . وإن أسْلَمَ وهو مُعْسِرٌ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى أيْسَرَ[2] ، لم يكنْ له الاخْتِيارُ منهُنَّ ؛ لذلك[3] . [4] وإن أَسْلَم بَعْضُهنَّ وهو مُوسِرٌ ، وبَعْضُهنَّ وهو مُعْسِرٌ ، فله الاخْتِيارُ مِمَّن اجْتَمَع إسْلامُه وإسْلامُهُنَّ[5] وهو مُعسِرٌ ؛ لذلك[4] .

فإن أسْلَمَت معه واحِدَةٌ ، فله اخْتِيارُها ، وله[6] انْتِظارُ الباقِياتِ ؛ لأنَّ له غَرَضًا صَحِيحًا فيه . فإنِ اخْتارَ الأُولَى ، ثَبَت نِكاحُها ، و[7] انْقَطَعت عِصْمَةُ البَواقِي منذُ اخْتلَفَ دِينُهم[8] .

وإنِ اخْتارَ فَسْخَ نِكاحِ المسلمةِ ، لم يكنْ له ذلك ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما يكونُ فى الفَضْلِ عمَّن يثْبُتُ نِكاحُها ، ولا فَضْلَ . فإن فَسَخ ولم تُسْلِمِ البَواقِي ، لَزِمَه نِكاحُها ، وبَطَل الفَسْخُ . وإن أسْلَمْنَ فله اخْتِيارُ واحِدَةٍ . فإنِ اخْتارَ التى فَسَخ نِكاحَها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأنَّ الفَسْخَ

---

(١) فى م : « اجتماعهن » .

(٢) فى الأصل : « أعسر » .

(٣) فى م : « كذلك » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) فى ف : « إسلامها » .

(٦) فى الأصل : « أما » .

(٧) بعده فى الأصل : « إن » .

(٨) فى م : « دينهن » .

كان قبلَ وَقْتِه ، فوُجودُه كعَدَمِه . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأنَّنا إنَّما منَعْنا الفَسْخَ فيها لكَوْنِها غيرَ فاضِلَةٍ ، وبإسْلامِ غيرِها صارَت فاضِلةً ، فصَحَّ فَسْخُ نِكاحِها[1] .

فصل : وإن أسْلَمَ وتحتَه حُرَّةٌ وأمَةٌ ، فأسْلَمَتا فى عِدَّتِهما ، ثَبَت نِكاحُ الحُرَّةِ ، وبَطَل نِكاحُ الأمَةِ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ له ابْتِداءُ نِكاحِ أمَةٍ وتحتَه حُرَّةٌ . وإن لم تُسْلِمِ الحُرَّةُ[2] فى عِدَّتِها ، ثَبَت[3] نِكاحُ الأمَةِ إن كان ممَّن يَحِلُّ[4] له نِكاحُ الإماءِ . وإن أسْلَمَتا فى العِدَّةِ ، ثم ماتَتِ الحُرَّةُ ، أو عتَقَتِ الأمَةُ ، لم يكنْ له إمْساكُ الأمَةِ ؛ لأنَّ نِكاحَها انْفَسَخ بإسْلامِ الحُرَّةِ . وإن عَتَقَتِ الأمَةُ قبلَ إسْلامِها ، فله إمْساكُها ؛ لأنَّ الاعْتِبارَ بحالَةِ اجْتِماعِهم على الإسْلامِ ، وهى حُرَّةٌ حِينَئذٍ . وإن أسْلَمت قبلَه وعَتَقت ، ثم أسْلَمَ الزَّوْجُ ، فله إمْساكُها ؛ لذلك[5] .

ولو أسْلَمَ وتحتَه إماءٌ ، فأُعْتِقَت إحْداهُنَّ[6] ، ثم أسْلَمْنَ كُلُّهُنَّ ، لَزِمَ نِكاحُ الحُرَّةِ ، وانْفَسَخَ نِكاحُ الإماءِ . وإن أسْلَمت إحْداهُنَّ ، ثم أُعْتِقَت ، ثم أسْلَمَ البَواقِى ، فله الاخْتِيارُ مِنْهُنَّ[7] ؛ لأنَّ الاعْتِبارَ بحالَةِ الاخْتِيارِ ، وحالَةُ

---

(١) فى ف : « نكاحهما » .
(٢) فى ف : « المرأة » .
(٣) بعده فى م : « له » .
(٤) سقط من : ف ، م .
(٥) فى م : « كذلك » .
(٦) فى الأصل : « إحداهم » .
(٧) سقط من : الأصل .

الاخْتِيارِ حالَةُ اجْتِماعِهما على الإسْلامِ، وهى أَمَةٌ[1] حِينَئِذٍ.

فصل: وإذا ارْتَدَّ الزَّوْجان أو أحدُهما قبلَ الدُّخولِ، انْفَسَخ النِّكاحُ؛ لاخْتِلافِ دِينِهما، أو كونِ المرأةِ[2] بحالٍ لا يَحِلُّ نِكاحُها. وإن كان بعدَه، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ. والثانيةُ، تَقِفُ[3] على انْقِضاءِ العِدَّةِ؛ فإنِ اجْتَمَعا على الإسْلامِ قبلَ انْقِضائِها، فهما على النِّكاحِ، وإن لم يَجْتَمِعا، وَقَعَتِ الفُرْقَةُ مِن حينِ الرِّدَّةِ؛ لأنَّه انْتِقالٌ عن دِينٍ يَمْنَعُ ابْتِداءَ النِّكاحِ، فكان حُكْمُه ما ذكَرْنا، كإسْلامِ أحَدِ الزَّوْجَيْن.

فصل: وإنِ انْتَقَل الكتابىُّ إلى دِينِ غيرِ أهْلِ الكتابِ، كالمَجُوسِيَّةِ وغيرِها، ففيه ثلاثُ[2] رِواياتٍ؛ إحْداهُنَّ، يُجْبَرُ على الإسْلامِ، ولا يُقْبَلُ منه غيرُه؛ لأنَّ ماسِواه باطِلٌ، اعترَفَ [4]ببُطْلانِه؛ فإنَّه لمَّا كان على دِينِه اعْتَرَفَ ببُطْلانِ ماسِواه، ثم اعْتَرَف[4] [٢٩١و] ببُطْلانِ دِينِه حينَ انْتَقلَ عنه، فلم يَبْقَ إلَّا الإسْلامُ. والثانيةُ، لا يُقْبَلُ منه إلَّا الإسْلامُ، أو[5] الدِّينُ الذى كان عليه؛ لأنَّنا أقْرَرْناه عليه أوَّلًا، فنُقِرُّه عليه ثانيًا. والثالثةُ، لا يُقْبَلُ منه إلا الإسْلامُ، أو دِينُ أهْلِ الكِتابِ؛ [4]لأنَّه دِينُ أهْلِ كتابٍ، فيُقَرُّ عليه[4]،

---

(١) فى ف: «حرة».

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى ف: «تقر».

(٤ - ٤) سقط من: الأصل.

(٥) فى الأصل: «و».

[1]كغيرِه مِن أهْلِ ذلك الدِّينِ.

وإنِ انْتَقَلَ المجُوسِىُّ إلى دِينِ أهْلِ الكِتابِ[1]، أو انْتَقلَ كِتابِىٌّ إلى دِينٍ آخَرَ مِن دِينِ أهْلِ الكِتابِ، ففيه ثلاثُ رِواياتٍ؛ إحْداهُنَّ، لا يُقْبَلُ منه إلَّا الإسْلامُ؛ لِما ذكَرْنا. والثانيةُ، يُقَرُّ على ما انْتَقلَ إليه. والثالثةُ، لا يُقْبَلُ منه إلَّا الإسْلامُ أو دِينُه الذى كان عليه؛ لِما تقَدَّمَ.

وإذا قُلْنا: لا يُقْبَلُ منه إلَّا الإسْلامُ. ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، أنَّه[2] يُجْبَرُ عليه بالقَتْلِ، كالمُرْتَدِّ. والثانيةُ، أنه إنِ انْتَقلَ إلى المجُوسِيَّةِ، أُجْبِرَ بالقَتْلِ، وإنِ انْتَقلَ إلى دِينِ أهْلِ الكِتابِ، لم يُجْبَرْ بالقَتْلِ، و[3]لكنْ يُجْبَرُ بالضَّرْبِ والحَبْسِ؛ لأنَّه لم يَخْرُجْ عن دِينِ أهْلِ الكِتابِ، فلم يُقْتَلْ[4]، كالباقِى على دِينِه. وكلُّ مَوْضِعٍ قلنا: لا يُقَرُّ. فإذا انْتَقلَتِ الكِتابيَّةُ المُتَزَوِّجَةُ للمُسْلِمِ، فحُكْمُها حكمُ المُرْتَدَّةِ، على ما بُيِّنَ[5] فى مَوْضِعِه.

فصل: إذا أسْلَمَ الزَّوْجانِ قبلَ الدُّخولِ، فقالتِ المرأةُ: أسْلَمَ أحدُنا فانْفَسَخ النِّكاحُ. وقال: بل أسْلَمْنا معًا. ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، القولُ قولُ الزَّوْجِ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ النِّكاحِ. والثانى، القولُ قولُها؛ لأنَّ الظاهِرَ معها، فإنَّ اجْتِماعَ إسْلامِهما حتى لا يَسْبِقَ أحدُهما الآخَرَ بَعِيدٌ. وإنِ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) سقط من: م.

(٤) فى الأصل، م: «يقبل».

(٥) فى م: «يبين».

اتَّفَقَا على سَبْقِ أحَدِهما ، وقالتِ المرأةُ : أنتَ السابِقُ فعليك نِصْفُ المَهْرِ . وقال الزَّوْجُ : بل أنتِ سَبَقْتِ فلا مَهْرَ لكِ . فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ المَهْرِ وعدَمُ سُقُوطِه . وإن أسْلَما بعدَ الدُّخولِ ، فقال الزَّوْجُ : أسْلَمْتُ فى عِدَّتِكِ ، فالنِّكاحُ باقٍ . وقالت : بل انْقضَت عِدَّتِى قبلَ إسْلامِكَ . فالقولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ النِّكاحِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ القولَ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ إسْلامِ الثانى . وإن قال : أسْلَمْتُ قَبْلَكِ ، فلا نفَقَةَ لكِ . وقالت : بل أسْلَمْتُ قَبْلَكَ ، فلِىَ النَّفَقَةُ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ وُجوبُ النَّفَقةِ . والثانى ، القولُ قولُه ؛ لأنَّ النَّفقَةَ إنَّما تَجِبُ بالتَّمْكِينِ مِن الاسْتِمْتاعِ ، والأصلُ عدَمُ وُجودِه[1] .

فصل : إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْن الكافِرَيْن ، ثم ارْتَدَّ ، ولم يُسْلِمِ الآخَرُ فى العِدَّةِ ، فعِدَّتُها مِن حينَ أسْلَمَ الأوَّلُ . وإن أسْلَمَ الثانى فى العِدَّةِ ، فابْتِداءُ العِدَّةِ مِن حينَ ارْتَدَّ ؛ لأنَّ حُكْمَ اخْتِلافِ الدِّينِ بإسْلامِ الأوَّلِ زالَ بإسْلامِ الثانى منهما .

ولو أسْلَمَ رجلٌ وتحتَه عَشْرُ نِسْوةٍ فأسْلَمْنَ ، ثم ارْتَدَدْنَ ، أو ارْتَدَّ دُونَهُنَّ ، لم يكنْ له أن يخْتارَ منهُنَّ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ العَقْدَ علَيْهِنَّ فى الحالِ .

فصل : ولو أسْلَم عَبْدٌ وتحتَه أمَةٌ كافِرَةٌ فأُعْتِقَتْ ، أو أسْلَمَتْ قبلَه ثم أُعْتِقَتْ ، فلها فَسْخُ النِّكاحِ ؛ لأنَّها عتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، فإذا فسَخَتْ ، ثم أسْلَم الثانى فى العِدَّةِ ، بانَتْ بفَسْخِ النِّكاحِ ، وإن لم يُسْلِمِ الثانى ، تَبَيَّنَّا أنَّها

---

(1) فى ف ، م : « وجوبه » .

بانَتْ باخْتِلافِ الدِّينِ . وعليها عِدَّةُ حُرَّةٍ فى المَوْضِعَيْن ؛ لأَنَّها وجَبَتْ وهى حُرَّةٌ ، أو عتَقَتْ فى أَثْناءِ عِدَّةٍ يُمْكِنُ الزَّوْجَ تلافِيَ نِكاحِها[1] فيها ، فأَشْبَهَتِ الرَّجْعِيَّةَ .

وإن أَخَّرَتِ الفَسْخَ حتى أسْلَم الثانى منهما ، لم يَسْقُطْ حقُّها ؛ لأَنَّها ترَكَتْه اعْتِمادًا على جَرَيانِها [٢٩١ظ] إلى البَيْنُونَةِ ، فأَشْبَهَتِ الرَّجْعِيَّةَ . وإن قالت[2] : قد رَضِيتُ بالزَّوْجِ . فذكَرَ القاضى أنَّه يسْقُطُ حقُّها ؛ لأَنَّها رَضِيَتْه فى حالٍ يُمْكِنُ فَسْخُه ، فصَحَّ ، كحالَةِ اجْتِماعِهما على الإسْلامِ .

---

(١) فى الأصل : « النكاح » .

(٢) فى الأصل : « قال » .

كِتابُ الصَّداقِ

يُسْتَحَبُّ أن يُعْقَدَ النِّكاحُ بصَداقٍ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كان يتزوَّجُ ويُزَوِّجُ بَناتِه بصَداقٍ. وعن سَهْلِ بنِ سَعْدٍ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ جاءَتْه امرأةٌ، فقالت: إنِّي وهَبْتُ نَفْسِي لك، فقال رجلٌ: يارسولَ اللَّهِ، زَوِّجْنِيها إن لم يكنْ لك بها حاجَةٌ، فقال: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شيءٍ تُصْدِقُها إيَّاهُ؟». فقال: ما عندِى إلَّا إزارِى هذا. فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «إزارُكَ إنْ أعْطَيْتَهَا إيَّاهُ، جَلَسْتَ وَلَا إزَارَ لَكَ، فَالْتَمِسْ شَيْئًا». قال: لا أجِدُ. قال: «التَمِسْ وَلَوْ خاتمًا مِنْ حَدِيدٍ». فالْتَمسَ فلم يجِدْ شيئًا، فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ: [1]«هلْ مَعَكَ شيءٌ مِن القُرْآنِ؟». قال: نعم، سورةُ كذا، وسورةُ كذا. لسُوَرٍ يُسَمِّيها. فقال النبيُّ ﷺ[1]: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ». مُتَّفَقٌ عليه[2]. ولأنَّه أقْطَعُ للنِّزاعِ فيه.

ويجوزُ مِن غيرِ صَداقٍ؛ لقولِه تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[3]. فأثْبَتَ الطَّلاقَ مع عدَمِ الفَرْضِ. ولأنَّ القَصْدَ بالنِّكاحِ الوُصْلَةُ والاسْتِمْتاعُ، وهو

(١ - ١) زيادة من: م.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٧.

(٣) سورة البقرة ٢٣٦.

حاصِلٌ بغيرِ صَداقٍ .

فصل : ويجوزُ أن يكونَ الصَّداقُ قليلًا ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « التَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِن حَدِيدٍ » . ولأنَّه بدَلُ مَنْفَعَتِها ، فكان تقْدِيرُه إليها ، كأُجْرَتِها . ويجوزُ أن يكونَ كثيرًا ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾[1] . ولا تُسْتَحَبُّ الزِّيادةُ على خَمْسِمائةِ دِرْهَمٍ ؛ لأنَّه صَداقُ أزْواجِ النبيِّ ﷺ وبَناتِه[2] ، بدليلِ ما روَى أبو سَلَمَةَ قال : سألْتُ عائشةَ عن صَداقِ النبيِّ ﷺ فقالَتْ : ثِنْتَا عَشْرَةَ أُوقِيَّةً وَنَشٌّ . فقلتُ : وما نَشٌّ ؟ قالَت : نِصْفُ أُوقِيَّةٍ . روَاه [3]مسلمٌ ، و[3]أبو داودَ . [4]ولأنَّه[4] إذا كَثُرَ ، أجْحَفَ ، ودَعا إلى المَقْتِ .

ويُسْتَحَبُّ تَخْفِيفُه ؛ لِما رَوَتْ عائشةُ عن النبيِّ ﷺ [5]أنَّه قال : « أعْظَمُ[5]

---

(١) سورة النساء ٢٠.

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٤٢. وأبو داود ، فى : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٥.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩٦. وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٩٤.

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) فى الأصل : « فقالت » .

النِّسَاءِ بَرَكَةً أَيْسَرُهُنَّ[1] مُؤْنَةً » . رواه أحمدُ[2] .

فصل : وكلُّ ما جاز ثمنًا [3]فى بَيْعٍ[3] ، أو عِوَضًا فى إجارَةٍ ؛ مِن دَيْنٍ وعَيْنٍ ، وحَالٍّ ومُؤَجَّلٍ ، ومَنْفَعَةٍ معْلُومَةٍ ، مِن حُرٍّ أو عَبْدٍ ، كَرَدِّ عَبْدِها مِن مَكانٍ مُعَيَّنٍ ، وخِدْمَتِها فى شىءٍ معْلُومٍ ، جاز أن يكونَ صَداقًا ؛ لأنَّ اللَّه تعالَى أخْبَرَ عن شُعَيْبٍ أنَّه قال : ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ ﴾[4] . فجَعَلَ الرَّعْىَ صَداقًا . ولأنَّه عَقْدٌ على المَنْفَعةِ ، فجاز ما ذكَرْنا ، كالإجارَةِ .

فصل : وما لا يجوزُ أن يكونَ ثَمنًا ولا أُجْرَةً ، لا يجوزُ أن يكونَ صَداقًا ؛ كالخَمْرِ ، وتعليمِ التَّوْراةِ والإنْجيلِ ، وتعليمِ الذِّمِّيَّةِ القُرآنَ ، والمَعْدُومِ ، وما لم يَتِمَّ مِلْكُه عليه ، كالمَبِيعِ المُعْتَبَرِ قَبْضُه قبلَ قَبْضِه ، وما لا يَقْدِرُ على تسليمِه ؛ كالآبِقِ ، والطَّيرِ فى الهواءِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى عَقْدٍ ، فأَشْبَهَ عِوَضَ البَيْعِ[5] [٢٩٢و] والإجارَةِ .

ولا يَصِحُّ أن يكونَ مَجْهُولًا ؛ كعَبْدٍ ، وثَوْبٍ . وهذا اخْتِيارُ أبى بَكْرٍ .

---

(١) فى ف : « أخفهن » .

(٢ - ٢) فى الأصل ، ف : « أبو حفص » .

والحديث أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ١٤٥ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب بركة المرأة ، من كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٥/ ٤٠٢ . وانظر الكلام على الحديث فى : الإرواء ٣٤٨/٦ - ٣٥٠ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة القصص ٢٧ .

(٥) فى ف : « المبيع » .

وقال القاضِى : يَصِحُّ فى مَجْهُولٍ جهالَةً لا تزيدُ على مَهْرِ المِثْلِ ؛ كعَبْدٍ ، أو فَرَسٍ ، أو بَعِيرٍ ، أو ثَوْبٍ هَرَوِىٍّ ، أو قَفِيزِ حِنْطَةٍ ، أو قِنْطارِ زَيْتٍ ؛ لأنَّه لو تزَوَّجَها على مَهْرِ مِثلِها ، صَحَّ مع كَثْرَةِ الجَهْلِ ، فهذا أَوْلَى .

فإن زادَت جَهالَتُه على جَهالَةِ مَهْرِ المِثْلِ ؛ كثَوْبٍ ، ودابَّةٍ ، وحُكْمِ إنْسانٍ ، ورَدِّ عَبْدِها أين كان ، وخِدْمَتِها فيما أرادَتْ ، لم يَصِحَّ . وقال أبو الخَطَّابِ : إنْ تزَوَّجَها على عَبْدٍ مِن عَبِيدِه ، صَحَّ ، ولها[1] أحدُهم بالقُرْعَةِ ، نَصَّ عليه أحمدُ . قال[2] : وعلى هذا يُخَرَّجُ إذا أصْدَقَها قَمِيصًا مِن قُمْصانِه ، أو عِمامَةً مِن عَمائِمِه ، أو دابَّةً مِن دَوابِّه ؛ لأنَّ الجَهالَةَ تَقِلُّ فيه ، ولا يَصِحُّ على عَبْدٍ مُطْلَقٍ ؛ لأنَّ الجَهالَةَ تَكْثُرُ . ولَنا ، أنَّه عِوَضٌ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كثَمَنِ المَبِيعِ . وتأوَّلَ أبو بَكْرٍ نَصَّ أحمدَ على أنَّه عَيَّنَ عَبْدًا فأَشْكَلَ عليه .

فإن أصْدَقَها ما لا يجوزُ[3] صَداقًا ، لم يَبْطُلِ النِّكاحُ . ونقَلَ المَرُّوذِىُّ [4]عن أحمدَ[4] : إذا تزَوَّجَ على مالٍ بعَيْنِه غيرِ طَيِّبٍ . فكَرِهَه[5] ، وأَعْجَبَه اسْتِقْبالُ النِّكاحِ . وهذا يدُلُّ على أنَّ النِّكاحَ لا يَصِحُّ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، ففَسَد بفَسادِ العِوَضِ ، كالبَيْعِ . والأَوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده فى م : « أن يكون » .

(٤ - ٤) زيادة من : م .

(٥) فى م : « أنه كرهه » .

فَسادَه ليس بأَكْثَرَ مِن عدَمِه ، وعدَمُه لا يُفْسِدُ العَقْدَ ، ويجِبُ لها مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّها لم تَرْضَ إلَّا ببَدَلٍ ، ولم يُسَلَّم البَدَلُ ، وتعَذَّرَ رَدُّ العِوَضِ ، فوَجَبَ رَدُّ بدَلِه ، كما لو باعَه سِلْعَةً بخَمْرٍ ، فتَلِفَتْ عندَ المُشْتَرِى . وعلى قَوْلِ القاضِى ، إذا أصْدَقَها مَجْهُولًا ، وَجَبَ لها الوَسَطُ ، ووَسَطُ العَبِيدِ السِّنْدِىُّ ، فيَجِبُ ذلك لها . وإن جاءَها بقِيمَتِه ، لَزِمَ قَبُولُه ؛ قِياسًا على الإبلِ فى الدِّيَةِ .

فصل : فإن أصْدَقَها عَبْدًا فخَرَجَ حُرًّا أو مُسْتَحَقًّا ، فلها قِيمَتُه ؛ لأنَّ العَقْدَ وَقَع على التَّسْمِيَةِ ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بقِيمَتِه إذ[1] ظَنَّتْه مَمْلُوكًا ، وقد تعَذَّرَ تَسْلِيمُه ، فكانَت لها قِيمَتُه ، كما لو وجَدَتْه مَعِيبًا فرَدَّتْه . وإن أصْدَقَها مِثْلِيًّا فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فلها مِثْلُه ؛ لأنَّه أقْرَبُ إليه ، ولذلك يُضْمَنُ به فى الإتْلافِ . وإن أصْدَقَها عَصِيرًا فخَرَجَ خَمْرًا ، فذَكَرَ القاضى أنَّ لها قِيمَتَه ؛ لأنَّ الخَمْرَ ليس مِن ذَواتِ الأمْثالِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يلْزَمَه مثلُ العَصِيرِ المُسَمَّى ؛ لأنَّه مِثْلِيٌّ ، فوَجَبَ إبْدالُه بمِثْلِه ، كما لو أتْلَفَه . ويُفارِقُ هذا ما إذا قال : أصْدَقْتُكِ هذا الخَمْرَ . أو : هذا الحُرَّ . لأنَّها رَضِيَتْ بما لا قِيمَةَ له ، فأشْبَهَتِ المُفَوِّضَةَ ، ولم تَرْضَ هٰهُنا بذلك .

وإن قال : أصْدَقْتُكِ هذا الخَمْرَ . و[2] أشارَ إلى الخَلِّ . أو[3] : هذا الحُرَّ . وأشارَ إلى عَبْدِه ، صَحَّ ، ولها المُشارُ إليه ؛ لأنَّه مَحَلٌّ يصِحُّ العَقْدُ عليه ، فلم يَخْتَلِفْ حُكْمُه باخْتِلافِ تَسْمِيَتِه ، كما لو قال : أصْدَقْتُكِ هذا الأَبْيَضَ .

---

(١) فى الأصل : « إذا » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « و » .

وأشارَ إلى الأسْوَدِ.

وإن تزَوَّجَها على شيءٍ فخَرَجَ مَعِيبًا، فهى مُخَيَّرَةٌ بيـنَ أخْذِ أرْشِه، وبيـنَ رَدِّه وأخْذِ قِيمَتِه، أو مثلِه إن كان مثليًّا؛ لِما ذكَرْنا فى أوَّلِ الفَصْلِ.

فصل: وإذا تزَوَّجَ الكافِرُ كافرَةً بمُحَرَّمٍ، ثم أسْلَمَا، أو تحاكَما إلينا قبلَ الإسْلامِ والقَبْضِ، سَقَطَ [٢٩٢ظ] المُسَمَّى، ووَجَبَ مَهْرُ المِثْلِ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إجْبارُه على تَسْليمِ المُحَرَّمِ. وإن كان بعدَ القَبْضِ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه، كما لو تبايَعَا بَيْعًا فاسِدًا (١وقد١) تَقابَضا. وإن قبَضَتِ البعضَ، بَرِئَتْ ذِمَّتُه مِن المَقْبُوضِ، ووَجَبَ بقِسْطِ ما بَقِى مِن مَهْرِ المِثْلِ. فإن كان الصَّداقُ خِنْزِيرَيْن، أو زِقَّىْ خَمْرٍ، أو زِقَّ خَمْرٍ و(٢)خِنْزِيرًا، قبَضَتْ(٣) أحدَهما، ففيه وَجْهان؛ أحَدُهما، يُعْتَبَرُ العَدَدُ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له، فكانَ الجميعُ واحدًا، فيُقَسَّطُ على عدَدِه، فيَسْقُطُ نِصْفُ الصَّداقِ، ويجِبُ نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ. والثانى، يُعْتَبَرُ بقِيمَتِه عندَهم، أو بالكَيْلِ إن كان مَكِيلًا؛ لأنَّه أحْصَرُ(٤).

فصل: وإن تزَوَّجَ امرأةً على أنْ يشْتَرِىَ لها عَبْدًا بعَيْنِه، صحَّ؛ لأنَّه أصْدَقَها تحْصِيلَ عَبْدٍ مُعَيَّنٍ، فصَحَّ، كما لو أصْدَقَها رَدَّ عَبْدِها مِن مَكانٍ مُعَيَّنٍ، فإن لم يَبِعْ، أو طُلِبَ به أكْثَرُ مِن قِيمَتِه، فلها قِيمَتُه؛ لأنَّه تعَذَّرَ

(١ - ١) فى الأصل: «أو»، وفى م: «و».

(٢) فى الأصل: «أو».

(٣) فى م: «وقبضت».

(٤) فى م: «أخصر».

تَسْلِيمُ المُسَمَّى ، فوَجبَتْ قِيمَتُه ، كما لو تَلِفَ . وإنْ تزَوَّجَها على أنْ يُعْتِقَ أبَاها ، صَحَّ ؛ لذلك[1] . ومتى تعَذَّرَ إعْتاقُه ، وجَبَتْ قِيمَتُه ؛ لِما ذكَرْنَاه . [2]وفى[2] المسْألتَين إذا أمْكَنَ[3] الوَفاءُ بما شرَطَه ، فبَذَلَ قِيمَتَه ، لم يلْزَمْها قَبُولُه ؛ لأنَّ الحقَّ ثَبَت لها فى مُعَيَّنٍ ، فلم يَلْزَمْ قَبُولُ عِوَضِه مع إمْكانِه ، كما لو قال : أصْدَقْتُكِ هذا العبدَ .

وإن تزَوَّجَها على عَبْدٍ مَوْصُوفٍ فى الذِّمَّةِ ، صحَّ ؛ لأنَّه يصْلُحُ أن يكونَ عِوَضًا فى البَيْعِ ، ولا يلْزَمُها قَبُولُ قِيمَتِه ؛ لأنَّها اسْتَحقَّتْ عَبْدًا بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فلم يلْزَمْها قَبُولُ قِيمَتِه ، كالمبِيعِ . وعندَ القاضِى يلْزَمُها قَبُولُها ؛ قِياسًا على الإبِلِ فى الدِّيَةِ .

فصل : وإن تزَوَّجَها على طَلاقِ زوْجَتِه الأُخْرَى ، لم يَصِحَّ الصَّداقُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قالَ : « [4]لا يَحِلُّ لامرأةٍ تسْألُ[4] طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِئَ مَا فى صَحْفَتِها[5] ، [6]فإنَّما لها ما قُدِّرَ لها[6] » . رَواه البُخارِىُّ[7] .

---

(1) فى م : « كذلك » .

(2 - 2) فى الأصل ، ف : « فى » .

(3) فى الأصل : « ملك » .

(4 - 4) فى م : « تسأل المرأة » .

(5) فى الأصل ، م : « صفحتها » ، وبعده فى م : « أو إنائها ، ولتنكح » .

(6 - 6) فى م : « فإنما رزقها على الله » .

(7) بعده فى م : « ومسلم » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب لا يبيع على بيع أخيه ، من كتاب البيوع ، وفى : =

وعنه[1]، يَصِحُّ؛ لأنَّ لها فيه غَرَضًا صحيحًا، أشْبَهَ عِتْقَ أبِيها. فإن فات طَلاقُها بمَوْتِها[2]، فقال أبو الخَطَّابِ: قِياسُ المَذْهَبِ أنَّ لها مَهْرَ المَيِّتَةِ؛ لأنَّ عِوَضَ طَلاقِها مَهْرُها، فأَشْبَهَ قِيمَةَ العَبْدِ. ويَحْتَمِلُ أن يجِبَ لها[3] مَهْرُ المِثْلِ؛ لأنَّ الطَّلاقَ لا قِيمَةَ له ولا مِثْلَ.

فصل: وإن تزَوَّجَها على أَلْفٍ إن كان أبُوها حَيًّا، وأَلْفَيْن إن كان مَيِّتًا، فالتَّسْمِيَةُ فاسِدَةٌ؛ لأنَّها في مَعْنَى بَيْعَتَيْن في بَيْعَةٍ.

وإن تزَوَّجَها على أَلْفٍ إن[4] لم يكنْ له زَوْجَةٌ، وعلى أَلْفَيْن إن كان له زَوْجَةٌ، فقال أحمدُ: تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ. وقالَ أبو بَكْرٍ والقاضى: فى المسْألَتَيْن جميعًا رِوايَتان. جَعَلَا نَصَّه فى إحْدَى المَسْألَتَيْن رِوايَةً فى

= باب ما لا يجوز من الشروط فى النكاح، وباب الشروط فى الطلاق، من كتاب الشروط، وفى: باب الشروط التى لا تحل فى النكاح، من كتاب النكاح، وفى: باب ﴿وكان أمر اللَّه قدرا مقدورا﴾، من كتاب القدر. صحيح البخارى ٣/ ٩١، ٢٥٠، ٢٥١، ٧/ ٢٦، ٨/ ١٥٣.

كما أخرجه مسلم، فى: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فى النكاح، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٩، ١٠٣٠. وأبو داود، فى: باب فى المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥٠٣. والترمذى، فى: باب ما جاء لاتسأل المرأة طلاق أختها، من أبواب الطلاق. عارضة الأحوذى ٥/ ١٦٥، ١٦٦. والنسائى، فى: باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، من كتاب النكاح، وفى: باب بيع المهاجر للأعرابى، وباب النجش، من كتاب البيوع. المجتبى ٦/ ٥٩، ٧/ ٢٢٤، ٢٢٧. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ٤١، ٤٢، ٢٣٨، ٢٧٤، ٣١١، ٣٩٤، ٥٠٨، ٥١٢، ٥١٦.

(١) بعده فى الأصل: «لا».

(٢) فى الأصل: «بموته».

(٣) سقط من: م.

(٤) سقط من: الأصل.

الأُخْرَى ؛ لتماثُلِهما ، إحْداهما ، فَسادُ التَّسْمِيَةِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ؛ لأنَّه لم يُعَيِّنِ العِوَضَ ، ففَسَدَ ، كبَيْعَتَيْن فى بَيْعَةٍ . والثانيةُ ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الألْفَ معْلُومَةٌ ، وإنَّما جُهِلَتِ الثانيةُ ، وهى مُعَلَّقةٌ على شَرْطٍ ، فإن وُجِدَ ، كانت زِيادةً فى الصَّداقِ ، والزِّيادةُ فيه صحيحةٌ .

فصل : فإن أصْدَقَها تَعْلِيمَ شىءٍ مُباحٍ ؛ كصِناعَةٍ ، أو كِتابَةٍ ، أو فِقْهٍ ، أو حَدِيثٍ ، أو لُغَةٍ ، أو شِعْرٍ ، لها أو لغُلَامِها ، صَحَّ ؛ لأنَّه أحَدُ عِوَضَىِ الإجـارَةِ ، فجاز صَـداقًا ، كالأَثْمانِ .

فإن أصْدَقَها تَعْلِيمَ شىءٍ لا يُحْسِنُه ، نظَرْتَ ؛ فإن قال : أُحَصِّلُ لكِ تَعْلِيمَه . صَحَّ ؛ لأنَّها مَنْفعَةٌ فى [٢٩٣و] ذِمَّتِه لا تَخْتَصُّ به ، فأَشْبَهَ ما لو أصْدَقَها دِينارًا لا يقْدِرُ عليه . وإن قال : على أن أُعَلِّمَكِ . فذكَرَ القاضى فى « الجامِعِ » أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَعَيَّنَ بفِعْلِه ، وهو عاجِزٌ عنه . وقال فى « المُجَرَّدِ » : يَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه يقَعُ فى ذِمَّتِه ، فصَحَّ ؛ لِما ذكَرْنا . فإن تعَلَّمَتْها مِن غيرِه ، أو تعَذَّرَ عليه تعْليمُها ، فعليه أُجْرَةُ تعْلِيمِها ، وإن أَتَتْه بغيرِها ليُعَلِّمَها مَكانَها ، لم يلْزَمْه ذلك ؛ لأنَّهما يخْتَلِفان فى سُرْعَةِ التَّعْليمِ و[1] إبْطائِه . ويَحْتَمِلُ أن يلْزَمَه إذا أَتَتْه بمَن يَجْرِى مَجْراها ، كمَن اكْتَرَى شيئًا ، جاز أن يُوَلِّيَه لمَن يقومُ مَقامَه .

وإن طَلَّقَها بعدَ الدُّخولِ قبلَ تَعْلِيمِها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُعَلِّمُها مِن وَراءِ حِجَابٍ ، كما يَسْمَعُ الحدِيثَ مِن الأجْنَبِيَّةِ . والثانى ، عليه أُجْرَةُ

(١) فى الأصل « أو » .

التَّعْلِيمِ ؛ لأنَّها صارَت أجْنَبِيَّةً ، فلا تُؤْمَنُ الفِتْنَةُ عليهما فى تَعْلِيمِها ، أمَّا الحديثُ ، فإنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى سَماعِه ؛ لأنَّه لا بدَلَ[1] له . وإن كان قبلَ الدُّخولِ ، ففى تَعْلِيمِه النِّصْفَ الوَجْهان . فإنْ طَلَّقَها بعدَ تَعْلِيمِها ، رجَعَ عليها بِنِصْفِ أُجْرَةِ التَّعْليمِ .

فصل : وإن أصْدَقَها تَعْلِيمَ القُرآنِ أو شىءٍ منه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ ؛ لقَوْلِ رسولِ اللَّهِ ﷺ : « زَوَّجْتُكَها بما مَعَكَ مِن القُرْآنِ »[2] . والثانيةُ ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ تعليمَ القرآنِ لا يقَعُ إلَّا قُرْبَةً لصاحِبِه ، فلم يكنْ صَداقًا ، كتَعْلِيمِ الإيمَانِ . وقد روَى النَّجَّادُ[3] بإسْنادِه أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ زوَّجَ رجلًا على سُورَةٍ مِن القرآنِ ، ثم قال : « لَا تَكُونُ لأَحَدٍ بَعْدَكَ مَهْرًا »[4] . فإن قُلْنا بجوَازِه ، فأصْدَقَها تعليمَ بعضِ القرآنِ ، فمِن شَرْطِه تَعْيِينُ ذلك البعضِ ؛ لأنَّ التَّعْلِيمَ والمَقاصِدَ تَخْتَلِفُ باخْتِلافِه .

وذَكَر أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه إن[5] كان فى البَلَدِ قِراءاتٌ ، افْتَقَرَ إلى تَعْيِينِ أحَدِها ؛ لأنَّ حُروفَ القرآنِ تَخْتَلِفُ ، فأَشْبَهَ تَعْيِينَ الآياتِ . والصَّحِيحُ أنَّه لا يَفْتَقِرُ إليه ؛ لأنه اخْتِلافٌ يسيرٌ ، وكلُّ حَرْفٍ يَنُوبُ مَنابَ

---

(١) فى الأصل : « بد » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٧.

(٣) أحمد بن سلمان بن الحسن النجاد أبو بكر ، الفقيه الحنبلى ، كان مكثرا من الحديث ، توفى سنة ثمان وأربعين وثلاثمائة . اللباب ٣/ ٢١٣، ٢١٤. طبقات الحنابلة ٢/ ٧ - ١٢.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ١٧٦. وقال الألبانى : منكر . الإرواء ٦/ ٣٥٠. وانظر : سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة ٢/ ٤١٣.

(٥) سقط من : الأصل .

صاحبِه ، فأَشْبَهَ ما لو أصْدَقَها قَفِيزًا مِن صُبْرَةٍ .

فصل : ويَصِحُّ أن يكونَ الصَّداقُ مُعَجَّلًا ومُؤَجَّلًا . فإن أطْلَقَ ذِكْرَه ، كان حالًّا ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى عَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، أشْبَهَ الثَّمَنَ . فإن شرَطَه مُؤَجَّلًا إلى مُدَّةٍ معْلومَةٍ ، فهو إلى أجلِه . وإن لم يَذْكُرْ أجلَه ، فقال أبو الخَطَّابِ : لا يصِحُّ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ ؛ قِياسًا على الثَّمَنِ فى المَبِيعِ . وقال القاضى : يَصِحُّ . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال : إذا تزَوَّجَ على العاجِلِ والآجِلِ ، لا يَحِلُّ الآجِلُ إلَّا بمَوْتٍ أو فُرْقَةٍ ؛ لأنَّ الصَّداقَ يجوزُ أن يكونَ مَجْهُولًا فيما إذا تزَوَّجها على مَهْرِ المِثْلِ ، فالتَّأْجِيلُ التابِعُ له أوْلَى . فعلى هذا ، مَحِلُّ الأجَلِ الفُرْقَةُ بمَوتٍ أو غيرِه ؛ لأنَّ المُطْلَقَ يُحْمَلُ على العُرْفِ ، والعادَةُ فى الآجِلِ تَرْكُه إلى الفُرْقَةِ ، فحُمِلَ عندَ الإطْلاقِ عليه .

فصل : وإذا تزَوَّجها على صَداقَيْنِ سِرٍّ وعَلانِيَةٍ ، فقال الخِرَقِيُّ : يُؤْخَذُ بالعَلانِيَةِ ؛ لأنَّ الزائدَ على صَداقِ السِّرِّ زِيادَةٌ زادَها فى الصَّداقِ ، وإلحاقُ الزِّيادَةِ بالصَّداقِ جائزةٌ . وقال القاضِى : الواجِبُ مَهْرُ العَقْدِ الذى انعَقَدَ به النِّكاحُ ، سِرًّا كان أو علانِيَةً ؛ لأنَّه الذى انْعقَدَ به النِّكاحُ ، فكان الواجِبُ المُسَمَّى فيه ، كما لو انْفرَدَ .

فصل : وإلحاقُ الزِّيادَةِ بالصَّداقِ جائزةٌ ، فإن زادَها فى صَداقِها [٢٩٣ظ] شيئًا بعدَ انْبِرامِ[1] العَقْدِ ، جاز ، وكان الجميعُ صَداقًا ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ

(١) فى ف : « التزام » .

مِنۢ بَعۡدِ ٱلۡفَرِيضَةِۚ﴾(١) .

فصل : وإذا تزوَّجَ أرْبَعًا بصَداقٍ واحدٍ ، صحَّ ؛ لأنَّ جُمْلَةَ صَداقِهِنَّ مَعْلُومٌ ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى أرْبعَةَ أَعْبُدٍ بثَمَنٍ واحِدٍ(٢) ، ويُقْسَمُ بينَهُنَّ على قَدْرِ مُهُورِهِنَّ ، كما يتَقَسَّطُ ثَمَنُ الأَعْبُدِ على قِيمَتِهِم . وقال أبو بَكْرٍ : يُخَرَّجُ فيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّه يُقْسَمُ بَيْنَهُنَّ على عَدَدِهِنَّ ؛ لأنَّه أُضِيفَ(٣) إلَيْهِنَّ إضافَةً واحدَةً ، فأشْبَهَ ما لو أقرَّ لَهُنَّ . وهكذا القولُ فيما لو خالَعَهنَّ بعِوَضٍ واحدٍ ، أو كاتَبَ عبيدَه(٤) بعِوَضٍ واحِدٍ .

فصل : وتَمْلِكُ المرأةُ المُسَمَّى بالعَقْدِ إن كان صحيحًا ، ومَهْرَ المِثْلِ في المَوْضِعِ الذى يجِبُ فيه ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُمْلَكُ فيه المُعَوَّضُ بالعَقْدِ ، فمُلِكَ العِوَضُ به ، كالبَيْعِ . وعنه روايَةٌ أُخْرَى تَدلُّ على أنَّها لا(٥) تَمْلِكُ إلَّا نِصْفَه ؛ لأنَّه لو طَلَّقَها لم يجِبْ إلَّا نصْفُه . والمَذْهَبُ الأوَّلُ . فعلى هذا ، نَماؤُه وزِيادَتُه لها ، وزَكاتُه عليها ، ونُقْصانُه بعدَ قَبْضِها إيَّاه عليها . وإن نَقَص قبلَ القَبْضِ لمَنْعِه إيَّاها مِن قَبْضِه ، فهو مِن ضَمانِه ، وإن لم يَمْنَعْها ، فنَقْصُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ عليه ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ قبضُه ، وما عَداه يُخَرَّجُ فيه وَجْهان ؛ بِناءً على الرِّوايَتَين في المَبِيعِ . فأمَّا تَصَرُّفُها فيه بعدَ قَبْضِه ، فصحيحٌ نافذٌ . وما قبله فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، حُكْمُه حكمُ البيعِ قبلَ

---

(١) سورة النساء ٢٤.

(٢) بعده فى الأصل : « صح » .

(٣) بعده فى ف : « المهر » .

(٤) فى م : « عبده » .

(٥) سقط من : الأصل .

القَبْضِ سَواءٌ ؛ لأنَّه مُنْتَقِلٌ بعَقْدٍ يَنْقُلُ المِلْكَ ، فأَشْبَهَ المَبِيعَ . والثانى ، لها التَّصَرُّفُ فيه ؛ لأنَّه مُنْتَقِلٌ بسببٍ لا يَنْفَسِخُ بهَلاكِه قبلَ قَبْضِه ، فجازَ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه ، كالوَصِيَّةِ والمِيراثِ . وقد نَصَّ أحمدُ على جَوازِ هِبَةِ المرأةِ زَوْجَها صدَاقَها قبلَ قَبْضِه ، وهو تَصَرُّفٌ فيه[1] .

فصل : ويُدْفَعُ صَداقُ المرأةِ إليها إن كانت رَشِيدَةً ، وإلى مَن يَلى مالَها إن كانت غيرَ رَشِيدَةٍ ؛ لأنَّه مالٌ لها ، فأَشْبَهَ ثَمَنَ مَبِيعِها . وفى البِكْرِ البالِغَةِ العاقِلَةِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُدْفَعُ إلَّا إليها ؛ لذلك[2] . والثانى ، يجوزُ دفعُه إلى أبيها ؛ لأنَّه العادَةُ ، ولأنَّه يَمْلِكُ إجْبارَها على النِّكاحِ ، فأشْبَهَتِ الصَّغِيرَةَ .

فصل : ولها مَنْعُ نفسِها حتى تَقْبِضَ صَداقَها المُعَجَّلَ ؛ لأنَّ فى إجْبارِها على تَسْلِيمِ نفْسِها أوَّلًا خَطَرَ إتْلافِ البُضْعِ ، والامْتِناعِ مِن[3] بَذْلِ الصَّداقِ ، فلا يُمْكِنُ الرُّجُوعُ فيه ، بخِلافِ المَبِيعِ . ولها النَّفَقَةُ إذا امْتنَعَتْ ؛ لأنَّه امْتِناعٌ بحقٍّ ، فأَشْبَهَ ما لو امْتنَعَتْ للإحْرامِ بحَجَّةِ الإسْلامِ .

وإن سلَّمَتْ نفسَها ثم أرادَتِ المَنْعَ ، فقد توَقَّفَ أحمدُ عن الجوابِ . وذَهَب أبو عبدِ اللَّهِ ابنُ بَطَّةَ ، وأبو إسْحاقَ ابنُ شَاقْلَا ، إلى أنَّه ليس لها ذلك ؛ لأنَّها سلَّمَتْ تسْليمًا اسْتَقَرَّ به العِوَضُ برِضا المُسَلِّم ، فلم يكنْ لها المَنْعُ ، كما لو سلَّمَتِ المَبِيعَ . وذهب ابنُ حامِدٍ إلى أنَّ[4] لها ذلك ؛ لأنَّه

(١) زيادة من : ف .

(٢) فى م : « كذلك » .

(٣) فى م : « عن » .

(٤) فى الأصل : « أنها » .

تَسْلِيمٌ بحُكْمِ عَقْدِ النِّكاحِ، فملَكَتِ المَنْعَ منه قبلَ قَبْضِ صَداقِها، كالأَوَّلِ. فأمَّا إنْ أكْرَهَها فوَطِئَها، لم يسَقُطْ حقُّها مِن الامْتِناعِ؛ لأنَّه بغيرِ رِضَاها.

وإن قبَضَتْ صَداقَها فوَجَدَتْه مَعِيبًا، فرَدَّتْه، فلها مَنْعُ نفْسِها حتى يُبْدِلَه[1]؛ لأنَّ صَداقَها جَيِّدٌ. وإن لم تَعْلَمْ [٢٩٤و] عَيْبَه حتى سلَّمَتْ نفسَها، ثم أرادَتْ الامْتِناعَ، ففيه وَجْهان؛ بِناءً على ما تقدَّمَ.

وإن كان صَداقُها مُؤَجَّلًا، فليس لها مَنْعُ نفسِها قبلَ قَبْضِه؛ لأنَّ رِضاها بالتأْجِيلِ رِضًا منها بتَسْلِيمِ نفسِها قبلَه، كالثَّمَنِ المُؤَجَّلِ، وإن حَلَّ المُؤَجَّلُ قبلَ تسليمِ نفسِها، لم يكنْ لها مَنْعُ نفسِها أيضًا؛ لأنَّه قد وَجَب عليها تَسْلِيمُ نفسِها واسْتَقَرَّ، فلم يَسْقُطْ بحُلُولِه.

(١) في م: «يبذله».

بابُ ما يَسْتَقِرُّ به الصَّداقُ وما لا يَسْتَقِرُّ وحُكم التَّراجعِ

يَسْتَقِرُّ الصَّداقُ بثَلاثَةِ أُمورٍ ؛ أحدُها ، الخَلْوَةُ بعدَ العَقْدِ ؛ لِما روَى الإمامُ أحمدُ بإسْنادِه عن زُرارَةَ بنِ أوْفَى ، قال : قَضَى الخُلَفاءُ الراشِدُون المَهْدِيُّون أنَّ مَن أغْلَقَ بابًا ، أو أَرْخَى سِتْرًا ، فقد وَجَب المَهْرُ ، ووَجَبَتِ العِدَّةُ[1] . وهذه قَضايا اشْتَهرَتْ ، فلم تُنْكَرْ ، فكانت إجْماعًا . ولأنَّها سلَّمَتْ نفسَها التَّسْلِيمَ الواجِبَ عليها ، فاسْتقَرَّ صَداقُها ، كما لو وَطِئَها .

فإن كانَتْ صَغِيرةً لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ، أو الزَّوْجُ صَغِيرًا ، أو أعْمَى لا يعْلَمُ دُخُولَها عليه ، لم يَكْمُلْ صَداقُها ؛ لأنَّه لم يحْصُلِ التَّمْكِينُ . وكذلك إن نشَزَتْ[2] عليه فمَنَعَتْه وَطْأَها ، لم يَكْمُلْ صَداقُها ؛ لذلك[3] . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ .

وإن كان بهما عُذْرٌ ؛ كالإحْرامِ ، والصِّيامِ الواجِبِ ، والمرضِ ، أو بأحَدِهما ؛ كالحَيْضِ ، والنِّفَاسِ ، والرَّتْقِ ، والجَبِّ ، والعُنَّةِ ، ففيه ثلاثُ

---

(١) أخرجه الإمام أحمد عن عمر وعلى من طريق الأحنف بن قيس ، وعن عمر من طريق سعيد ابن المسيب . مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله ٣/١٠٢٧ - ١٠٣٠. وأخرجه عن زرارة عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٨٨. وسعيد ، فى : سننه ١/ ٢٠٢. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ٢٣٥. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢٥٥، ٢٥٦. وانظر الكلام على هذه الآثار فى الإرواء ٦/ ٣٥٦، ٣٥٧.

(٢) فى الأصل : « أشرت » ، وفى ف : « سيرت » .

(٣) فى الأصل : « كذلك » .

رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، يَسْتَقِرُّ الصَّداقُ[1] ؛ لعُمومِ ما ذكَرْنا ، ولأنَّ التَّسْلِيمَ المُسْتَحَقَّ عليها[2] قد وُجِدَ ، والمَنْعُ مِن غيرِ جِهَتِها ، فلم يُؤَثِّرْ فى المَهْرِ ، كما لم يُؤَثِّرْ فى إسْقاطِ النَّفَقَةِ . والثانيةُ ، لا يَسْتَقِرُّ ؛ لأنَّه لم يتَمَكَّنْ مِن تَسَلُّمِها ، فلم يَسْتَقِرَّ مَهْرُها ، كما لو منعَتْ نفسَها . والثالثةُ ، إن كان المانِعُ هو صَوْمَ رَمَضانَ ، لم يَكْمُلِ الصَّداقُ ، وفى مَعْناه ما يُحَرِّمُ دَواعِىَ الوَطْءِ ، كالإحْرامِ ، وما لا يَمْنَعُ دَواعِىَ الوَطْءِ ، كَسائرِ المَوانِعِ ، لا يَمْنَعُ اسْتِقْرارَ الصَّداقِ .

فصل : والثانى ، الوَطْءُ ، يَسْتَقِرُّ به الصَّداقُ وإن كان فى غيرِ خَلْوَةٍ ؛ لأنَّه قد وُجِدَ اسْتِيفاءُ المَقْصُودِ ، فاسْتقَرَّ العِوَضُ ، كما لو اشْتَرَى طَعامًا فأَكلَه . وإنِ اسْتَمْتَعَ بغيرِ الوَطْءِ ؛ كقُبْلَةٍ ، أو مُباشَرَةٍ دونَ الفَرْجِ ، أو نالَ منها ما لا يَحِلُّ لغيرِه ، كالنَّظَرِ إليها عُرْيانَةً ، فقال أحمدُ : يَكْمُلُ الصَّداقُ به ؛ لأنَّه نَوْعُ اسْتِمْتاعٍ ، أشْبَهَ الوَطْءَ . وقال القاضى : هذا على الرِّوايَةِ التى يَثْبُتُ بها[3] تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ ، ولا يَكْمُلُ به الصَّداقُ على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ؛ لأنَّه لا[4] يُحَرِّمُ المُصاهَرَةَ ، فلم يُقَرِّرِ الصَّداقَ ، كرُؤْيَةِ الوَجْهِ .

فصل : الثالثُ ، مَوْتُ أحَدِ الزَّوْجَيْن قبلَ الدُّخولِ يُقَرِّرُ الصَّداقَ ، سَواءٌ مات حَتْفَ أنْفِه ، أو قَتَل نفسَه ، أو قتَلَه غيرُه ؛ لِما روَى مَعْقِلُ بنُ سِنَانٍ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فى بَرْوَعَ بِنْتِ وَاشِقٍ ، وكان زَوْجُها مات ولم يدْخُلْ بها ، ولم يَفْرِضْ لها صَدَاقًا ، فجَعَل لها مَهْرَ نِسائِها ، لا وَكْسَ

(١) فى الأصل : « الضمان » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « بهذا » .

(٤) سقط من : الأصل .

ولا شَطَطٌ[1] . ولأنَّه عَقْدُ عُمُرٍ ، فبموتِ أحَدِهما يَنْتَهِى به ، فيَسْتَقِرُّ به العِوَضُ ، كانْتِهاءِ الإجارَةِ .

ومتى اسْتَقَرَّ الصَّداقُ ، لم يَسْقُطْ منه شئٌ بانْفِساخِ النِّكاحِ [٢٩٤ظ] ولا بغيرِه .

فصل : وإنِ افْتَرَقَا قبلَ اسْتِقْرارِه ، لم يَخْلُ مِن أرْبَعَةِ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ بسَبَبٍ مِن المرأةِ ؛ كرِدَّتِها ، وإسْلامِها ، وإرْضاعِها مَن يَنْفَسِخُ النِّكاحُ بإرْضاعِه ، وفَسْخِها لعَيْبِ الزَّوْجِ ، أو إعْسارِه ، فيَسْقُطُ مَهْرُها ؛ لأنَّها أتْلَفَتِ المُعَوَّضَ[2] قبلَ التَّسْليمِ ، فسَقَطَ العِوَضُ ، كما لو أتْلَفَتِ المَبِيعَ قبلَ تسليمِه . وفى مَعْنَاه فَسْخُ الزَّوْجِ لعَيْبِها ؛ لِما مضَى فى مَوْضعِه . الثانى ، أن يكونَ بسَبَبٍ مِن الزَّوْجِ ؛ كطَلاقِه ، وخُلْعِه ، وإسْلامِه ، ورِدَّتِه ، واسْتِمْتاعِه بأُمِّ زَوْجَتِه أو بِنْتِها ، فيَسْقُطُ نِصْفُ المُسَمَّى ، ويجِبُ نِصْفُه ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً

---

(١) بعده فى م : « رواه أحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذى » .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من تزوج ولم يسم صداقا حتى مات ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٧، ٤٨٨. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٨٤، ٨٥. والنسائى ، فى : باب عدة المتوفى عنها زوجها ....، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٦٤. وابن ماجه ، فى : باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٩. والدارمى ، فى : باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ....، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٤٤٧، ٤/ ٢٨٠. وإسناده صحيح . انظر الإرواء ٦/ ٣٥٧، ٣٥٨.

(٢) فى الأصل : « العوض » .

﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾[1] . وقِسْنا عليه سائرَ ما اسْتَقلَّ به الزَّوْجُ ؛ لأنَّه فى مَعْناه . وعن أحمدَ أنَّه إذا أسْلَمَ لا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه فَعَل الواجِبَ عليه ، وحصَلَتِ الفُرْقَةُ بامْتِناعِها مِن مُوافقَتِه على الواجِبِ ، فكان مِن جِهَتِها . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأنَّ فَسْخَ النِّكاحِ لاخْتِلافِ الدِّينِ ، وذلك حاصِلٌ بإسْلامِه ، وإنَّما يُتَنصَّفُ المَهْرُ بالخُلْعِ ؛ لأنَّ المُغَلَّبَ فيه جانِبُ الزَّوْجِ ، بدَليلِ أنَّه يَصِحُّ به دُونَها ، وهو خُلْعُه مع أجْنَبِيٍّ ، فصارَ كالمُنْفَرِدِ به . الثالثُ ، افْتَرقَا بسَبَبٍ مِن أجْنَبِيٍّ ، كرَضَاعٍ أو غيرِه ، فيَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه لا جِنايَةَ منها تُسْقِطُ مَهْرَها ، ويَرْجِعُ الزوجُ بما لَزِمَه على الفاعِلِ ؛ لأنَّه قَرَّرَه عليه . الرابِعُ ، افْتَرقَا بسَبَبٍ منهما[2] ، كشِرائِها لزَوْجِها ولِعانِهما ، ففيه رِوايَتان . وإنِ اشْتَراها زَوْجُها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَسْقُطُ الصَّداقُ ؛ لأنَّها شارَكَتْ فى الفَسْخِ ، فسَقَطَ مَهْرُها ، كالفَسْخِ بعَيْبٍ . والثانى ، يتَنَصَّفُ ؛ لأنَّ للزَّوْجِ فيه اخْتِيارًا ، أشْبَهَ الخُلْعَ .

فصل : ومتى سَقَط المَهْرُ أو نِصْفُه بعدَ تسليمِه إليها ، فله الرُّجُوعُ عليها ، ولا يخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ تالِفًا أو غيرَ تالِفٍ ؛ فإن كان تالفًا ، رَجَع بمثلِه إن كان مِثْلِيًّا ، أو بقِيمَتِه إن لم يكنْ مِثْلِيًّا ، أقَلَّ ما كانت مِن حينِ العَقْدِ إلى حينِ القَبْضِ أو التَّمْكِينِ منه ؛ لأنَّه إن زادَ بعدَ العَقْدِ ، فالزِّيادَةُ لها ، وإن نَقَص ، فالنَّقْصُ عليه ، فلم يَرْجِعْ بما هو عليه .

وإن كان باقِيًا ، لم يَخْلُ مِن خَمْسَةِ أحْوالٍ :

---

(١) سورة البقرة ٢٣٧.

(٢) فى الأصل ، ف : « منها » .

أحدُها ، أن يكونَ باقِيًا بحالِه لم يتغَيَّرْ ، ولم يتعلَّقْ به حَقُّ غيرِها ، فإنَّ الزَّوْجَ يَرْجِعُ فيه ، ويدْخُلُ فى مِلْكِه حُكْمًا ، وإن لم يَخْتَرْ[1] ذلك ، كالميراثِ ، فى قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . فعَلَّقَ تَنْصِيفَه بالطَّلاقِ وحدَه ، فيَجِبُ أن يتنَصَّفَ به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَه إلَّا باخْتِيارِه ؛ لأنَّ الإنْسانَ لا يَمْلِكُ شيئًا بغيرِ اخْتِيارِه إلَّا بالميراثِ . فعلى هذا الوَجْهِ ، إن زاد بعدَ الطَّلاقِ وقبلَ الاخْتِيارِ ، فهو للزَّوْجَةِ ؛ لأنَّ مِلْكَها لم يَزُلْ عنه ، فنَماؤُه[2] لها ، وعلى الأوَّلِ نَماءُ نَصِيبِ الزَّوْجِ له ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه ، فإذا قال : قد[3] رَجَعْتُ فيه . أو : اخْتَرْتُه . ثَبَتَ المِلْكُ فيه على الوَجْهَيْن . وإن نَقَص فى يَدِها بعدَ ثُبُوتِ مِلْكِه عليه ، وكانت قد منَعَتْه منه ، فعليها ضَمانُ نَقْصِه ؛ لأنَّ يدَها عَادِيَةٌ ، فتَضْمَنُ ، كالغاصِبَةِ . وإن لم تَمْنَعْه ، [٢٩٥و] ففيه وَجهان أصْلُهما الزَّوْجُ إذا تَلِفَ الصَّداقُ المُعَيَّنُ فى يَدِه قبلَ مُطالَبَتِها به . فإن قال الزَّوْجُ : نَقَص قبلَ الطَّلاقِ فهو مِن ضَمانِكِ . فأنْكَرَتْه ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ .

فصل : الحالُ الثانى ، أن يَجِدَه ناقِصًا ؛ كعَبْدٍ مَرِضَ ، أو نَسِىَ صِناعَتَه ، أو كَبِرَ كِبَرًا يَنْقُصُ قِيمَتَه ، فالزَّوْجُ بالخِيارِ بينَ أخْذِه ناقِصًا ؛ لأنَّه يَرْضَى بدُونِ حقِّه ، وبينَ تَرْكِه ومُطالَبَتِها بقيمَتِه أو نِصْفِها يومَ وَقَع العَقْدُ

---

(١) فى م : « يجز » .

(٢) فى م : « فنماؤها » .

(٣) سقط من : الأصل .

عليه ؛ لأنَّ النَّقْصَ حَدَث في مِلْكِها ، فكانَ مِن ضَمانِها .

فصل : الحالُ الثالثُ ، أن يجِدَه زائدًا ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أن تكونَ الزِّيادَةُ مُنْفَصِلَةً ؛ كالوَلَدِ ، والثَّمَرَةِ ، واللَّبَنِ ، والكَسْبِ ، ونحوِ ذلك ، فله نِصْفُ الأَصْلِ ، والزِّيادَةُ لها ؛ لأنَّها زِيادةٌ مُتَمَيِّزَةٌ حادِثَةٌ مِن مِلْكِها ، فلم تَتْبَعِ الأَصْلَ في الرَّدِّ[1] ، كما في الرَّدِّ بالعَيْبِ . وإمَّا أن تكونَ مُتَّصِلَةً ؛ كالسِّمَنِ ، والكِبَرِ ، والحَمْلِ في البَطْنِ ، والثَّمَرةِ على الشَّجَرةِ ، وتَعَلُّمِ صِناعَةٍ ، أو كتابَةٍ ، ونحوِ ذلك ، فالمرأةُ مُخَيَّرَةٌ بينَ دَفْعِ النِّصْفِ زائدًا ، فيَلْزَمُه قَبُولُه ؛ لأنَّه نِصْفُ المَفْرُوضِ مع زِيادَةٍ لا تتَمَيَّزُ ، وبينَ دَفْعِ قِيمَةِ حقِّه يومَ وَقَع العَقْدُ عليه ؛ لأنَّ حقَّه في نِصْفِ المَفْرُوضِ[2] ، والزائدُ ليس بمَفْرُوضٍ ، فوَجَبَ أخْذُ البَدَلِ ، إلَّا أن يكونَ مَحْجُورًا عليها[3] ؛ لسَفَهٍ ، أو فَلَسٍ ، أو صِغَرٍ ، فليس له إلَّا نِصْفُ القِيمَةِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ لها ، وليس لها التَّبَرُّعُ بما لا يَجِبُ عليها . وإن كانَتْ مُفْلِسَةً ، كان غَرِيمًا بالقِيمَةِ .

وإن بذَلَتْ له أخْذَ نِصفِ الشَّجَرِ دُونَ الثَّمَرِ ، لم يلْزَمْه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا في بَقاءِ الثَّمَرِ عليها ، فلم يَلْزَمْه . وإن قال الزَّوْجُ : أنا أرْجِعُ في نِصْفِ الشَّجَرِ ، وأتْرُكُ الثَّمَرَ عليه . أو : أتْرُكُ الرُّجوعَ حتى تَجُدِّى[4] ثَمَرَتَكِ ، ثم أرْجِعُ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تُجْبَرُ على قَبُولِه ؛ لأنَّ الحقَّ انتَقَلَ مِن العَيْنِ ، فلم يَعُدْ إليها إلَّا بترَاضِيهما . والثاني ، تُجْبَرُ عليه ؛ لأنَّه لا

---

(١) في الأصل : « الزيادة » .

(٢) في م : « الفرض » .

(٣) في ف : « عليه » .

(٤) في م : « تجذى » .

ضرَرَ عليها، فلَزِمَها[1]، كما لو وجَدَها ناقِصَةً فرَضِىَ بها.

وإن أصْدَقَها أرْضًا فزرَعَتْها[2]، فحُكْمُها حُكْمُ الشَّجَرِ إذا أثْمَرَ سَواءً، فى قولِ القاضى. وقال غيرُه: يُفارِقُ الزَّرْعُ الثَّمَرَةَ فى أنَّها إذا بذَلَت نِصْفَ الأرضِ مع نِصْفِ الزَّرْعِ، لم يلْزَمْه قَبُولُه؛ لأنَّ الزَّرْعَ يَنْقُصُ الأرْضَ ويُضْعِفُها، ولأنَّه مِلْكُها أوْدَعَتْه فى الأرضِ، بخِلافِ الثَّمَرَةِ.

وإن أصْدَقَها أرْضًا فبَنَتْها، أو ثَوْبًا فصَبَغَتْه، فحُكْمُها حُكْمُ الأرْضِ المَزْرُوعَةِ. فإنْ بذَلَ الزَّوْجُ لها نِصْفَ قِيمَةِ البِناءِ والصِّبْغِ ليَمْلِكَ[3]، فقالَ الخِرَقِىُّ: يلْزَمُها قَبُولُه، ويَصِيرُ له نِصْفُ الجميعِ؛ لأنَّ الأرضَ له، وفيها بِناءٌ لغيرِه بُنِىَ بحقٍّ، فكانَ له تَمَلُّكُه بالقِيمَةِ، كالشَّفِيعِ والمُعِيرِ. وقال القاضى: لا يَمْلِكُه؛ لأنَّ بَيْعَ البِناءِ مُعاوَضَةٌ، فلا تُجْبَرُ[4] عليها، كما لو بَذَل نِصْفَ قِيمَةِ الثَّمَرَةِ ليَمْلِكَ نِصْفَ الشَّجَرِ.

فصل: الحالُ الرابِعُ، وَجَدَه زائِدًا مِن وَجْهٍ ناقِصًا مِن وَجْهٍ؛ كعَبْدٍ تعَلَّمَ صِناعَةً ومَرِضَ، أو خَشَبٍ شَقَّتْه دُفُوفًا، أو حَلْيٍ كسَرَتْه ثم صاغَتْه على غيرِ ما كان، أو جارِيَةٍ حمَلَت، فإنَّ الحَمْلَ نَقْصٌ فى الآدَمِيَّةِ مِن وَجْهٍ، وزِيادةٌ مِن وَجْهٍ، بخِلافِ حَمْلِ البَهِيمَةِ فإنَّه زِيادةٌ مَحْضَةٌ، فهو كسِمَنِها، فإذَا تَراضَيا على أخْذِ [٢٩٥ظ] نِصْفِه، جاز؛ لأنَّ الحقَّ لهما.

---

(١) فى ف: «فلزمه».

(٢) فى الأصل: «فزرعها».

(٣) فى م: «لتملكه».

(٤) فى ف: «يجبر»، وغير منقوطة فى الأصل.

وأيُّهما امْتنعَ مِن ذلك لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا .

الحالُ الخامِسُ ، أن يتعَلَّقَ بها[(1)] حقُّ غيرِها[(2)] ، وهو ثلاثةُ أنْواعٍ ؛ أحدُها ، ما يُزِيلُ مِلْكَها ؛ كبَيْعِ العَيْنِ ، وهِبَتِها المَقْبُوضَةِ ، وعِتْقِها ، ووَقْفِها ، فحُكْمُ ذلك حُكْمُ تَلَفِها ، فإن عادَتِ العَيْنُ إلى مِلْكِها ثم طَلَّقَها ، فله الرُّجوعُ فى نِصْفِها ؛ لعَدَمِ المانعِ منه ، وفى مَعْنَى ذلك العَقْدُ اللَّازِمُ المُرادُ لإزالَةِ المِلْكِ ؛ كالرَّهْنِ ، والكِتابَةِ . النَّوْعُ الثانى ، ما ليس بلازِمٍ ؛ كالهِبَةِ قبلَ القَبْضِ ، والوَصِيَّةِ قبلَ المَوْتِ ، والتَّدْبِيرِ ، فله الرُّجوعُ فى نِصْفِها ؛ لأنَّه حَقٌّ غيرُ لازِمٍ ، فأشْبَهَ الشَّرِكَةَ . النَّوْعُ الثالثُ ، ما لَا يُزِيلُ المِلْكَ ، كالنِّكاحِ ، والإجارَةِ ، فيُخَيَّرُ بينَ الرُّجوعِ فى نِصْفِها مع بَقاءِ النِّكاحِ والإجارَةِ ، وبينَ الرُّجوعِ بنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ رَضِىَ به ، فأَشْبَهَ نَقْصَها بهُزَالِها .

فصل : فإن كان الصَّداقُ عَيْنًا ، فوَهَبَتْها لزَوْجِها ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها[(3)] ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَرْجِعُ عليها بنِصْفِه ؛ لأنَّه عاد إليه بعَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ ، فلم يَمْنَعِ اسْتِحْقاقَ نِصْفَه بالطَّلاقِ ، كما لو وَهَبَتْه أجْنَبِيًّا ، ثم وَهَبَه الأجْنَبِىُّ للزَّوْجِ . والثانيةُ ، لا يَرْجِعُ عليها بشىءٍ ؛ لأنَّ نِصْفَ الصَّداقِ تعَجَّلَ له بالهِبَةِ . وإن كان دَيْنًا فأَبْرَأَتْه منه ، ثم طَلَّقَها ، وقُلْنا : لا يَرْجِعُ ثَمَّ . فهاهُنا أوْلَى . وإن قُلْنا : يَرْجِعُ ثَمَّ . خُرِّجَ هاهُنا

(1) فى م : « به » . والمقصود : الرقبة المجعولة صداقًا . انظر الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ١٨٨/١٢ .

(2) فى ف ، م : « غيرهما » .

(3) سقط من : م .

وَجْهان ؛ أحدهما ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّه عاد إليه بغيرِ الطَّلاقِ، فأشْبَهَ العَيْنَ. والثانى ، لا يَرْجِعُ ؛ لأنَّ الإبْراءَ إسْقاطٌ وليس بتَمْليكٍ. وإن أصْدَقَها عَيْنًا فوَهَبَتْها له ، أو دَيْنًا فأَبْرَأَتْه منه ، ثم ارْتَدَّتْ[1] قبلَ الدُّخولِ ، ففى رُجُوعِه به عليها وَجْهان ؛ بِناءً على الرُّجُوعِ فى النِّصْفِ بالطَّلاقِ.

وإن باع رجلًا عَبْدًا ، أو أبْرَأه مِن ثَمَنِه ، فوَجَدَ به المُشْتَرِى عَيْبًا ، فرَدَّه[2] وطالَبَه بثَمَنِه ، أو أَمْسَكَه وأراد أرْشَه ، فهل له ذلك ؟ على وَجْهَين ؛ بِناءً على الرِّوايَتَين فى الصَّداقِ. وإن أصْدَقَها عَبْدًا فوَهَبَتْه نِصْفَه[3] ، ثم طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، انْبَنَى على الرِّوايتَيْن ، فإن قُلْنا : إذا وَهَبَتْه الكلَّ لا يَرْجِعُ بشىءٍ. رَجَع هـٰهُنا فى نِصْفِ الباقِى من العَبْدِ. وإن قُلْنا : يَرْجِعُ ثَمَّ. رَجَع فى النِّصْفِ الباقِى جَمِيعِه.

فصل : والزَّوْجُ هو الذى بيَدِه عُقْدَةُ النِّكاحِ ، فإذا طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، فأىُّ الزَّوْجَين عَفَا لصاحِبِه عمَّا وَجَب له مِن[2] المَهْرِ ، وهو جائزُ الأَمْرِ فى مَالِه ، بَرِئَ منه صاحِبُه ، وكَمَل له الصَّداقُ جميعُه. وعنه ما يَدُلُّ على أنَّ الذى بيَدِه عُقْدَةُ النِّكاحِ هو الأبُ ، فيَصِحُّ عَفْوُه عن نِصْفِ مَهْرِ ابْنَتِه البِكْرِ التى لم تَبْلُغْ إذا طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ؛ لأنَّ الذى بيَدِه عُقْدَةُ النِّكاحِ بعدَ الطَّلاقِ هو الوَلِىُّ ، ولأنَّ اللَّهَ تعالى خاطَبَ الأزْواجَ بخِطابِ المُواجَهَةِ ،

---

(١) فى ف : « ارتد ».

(٢) سقط من : الأصل.

(٣) فى الأصل : « نصفها ».

(1ثم قال1) تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾(2). وهذا خِطابُ غائبٍ. واعْتَبَرْنا هذه الشُّروطَ؛ لأنَّ الأبَ يَلِى مالَها فى صِغَرِها دونَ غيرِه، ولا يَلِيه فى كِبَرِها، ولا يَمْلِكُ تَزْوِيجَها إلَّا إذا كانَت بِكْرًا ولم تكنْ ذاتَ زَوْجٍ. والمَذْهَبُ الأوَّلُ. قال أبو حَفْصٍ: ما أَرَى القَوْلَ الآخَرَ إلَّا قَوْلًا قديمًا. ولا يجوزُ عَفْوُ الأبِ ولا غيرِه مِن الأوْلِياءِ؛ لِما رَوَى عَمْرُو ابنُ شُعَيْبٍ، عن [296و] أَبِيه، عن جَدِّه، عن(3) النبىِّ ﷺ أنَّه(4) قال: «وَلِىُّ العُقْدَةِ الزَّوْجُ». رَواه الدَّارَقُطْنِىُّ(5). ولأنَّ اللَّهَ تعالى قال: ﴿وَأَن تَعْفُوٓا۟ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾(2). وليس عَفْوُ الوَلِىِّ عن صَداقِ ابْنَتِه أقْرَبَ للتَّقْوَى، ولا يَمْتَنِعُ العُدولُ عن خِطَابِ الحاضِرِ إلى خطابِ الغائبِ، كقَوْلِه تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا۟ بِهَا﴾(6). ولأنَّ صَداقَ المرأةِ حقٌّ لها، فلا يَمْلِكُ الوَلِىُّ العَفْوَ عنه(7)، كسائرِ دُيونِها، ولأنَّ الصَّغِيرَ لو رَجَع إليه صَداقُ زَوْجَتِه، أو نِصْفُه،

(1 - 1) فى الأصل: «فقال».

(2) سورة البقرة 237.

(3) فى م: «أن».

(4) سقط من: م.

(5) فى: سننه 3/ 279.

كما أخرجه البيهقى، فى: السنن الكبرى 7/ 251، 252. وقال: وهذا غير محفوظ، وابن لهيعة غير محتج به. وانظر الكلام عليه فى الإرواء 6/ 354، 355.

(6) سورة يونس 22.

(7) فى الأصل: «عنها».

لانْفِساخِ النِّكاحِ برَضاعٍ أو نحوِه ، لم يكنْ لوَلِيِّه العَفْوُ عنه ، رِوايَةً واحدةً ، فكذلك وَلِيُّ الصَّغِيرَةِ .



بابُ الحُكمِ فى المفوّضةِ[1]

وهو أن يُزَوِّجَ الرجلُ المرأةَ[2] بغيرِ [3]صَداقٍ ، برِضاها[3] أو رِضا أبيها ، سَواءٌ سَكَتا عن ذِكْرِه أو شَرَطا نَفْيَه ، فالعَقْدُ صحيحٌ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[4] . وعن عُقْبَةَ بنِ عامرٍ أنَّ النبىَّ ﷺ قال لرجلٍ : « أَتَرْضَى أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلانَةَ ؟ » . قال : نعم . وقال للمرأةِ : « أَتَرْضَيْنَ أن أُزَوِّجَكِ فُلانًا ؟ » . قالت : نعم . فزَوَّجَ أحدَهما صاحِبَه ، فدَخَلَ بها الرجلُ ، ولم يَفْرِضْ لها صَداقًا ، ولم يُعْطِها شيئًا ، فلمَّا حضَرَتْه الوَفاةُ قال : إنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَنِى فُلانَةَ ، ولم أَفْرِضْ لها صَداقًا ، ولم أُعْطِها شيئًا ، [5]فإنِّى أُشْهِدُكم[5] أنِّى قد أعْطَيْتُها مِن صَداقِها سَهْمِى بخَيْبَرَ . فأخَذَتْ سَهْمًا ، فباعَتْه بمائةِ ألفٍ . رَواه أبو داودَ[6] . ويجِبُ لها مَهْرُ نِسائِها بالعَقْدِ ؛ لأنَّه لو

---

(١) قال الفيومى : « وفوض أمره إليه تفويضا ، سلم أمره إليه ، وقيل : فوضت ، أى أهملت حكم المهر ، فهى مفوِّضة اسم فاعل . وقال بعضهم : مفوَّضة ، اسم مفعول ؛ لأن الشرع فوض أمر المهر إليها فى إثباته وإسقاطه » . المصباح المنير (ف و ض) .

(٢) فى م : « ابنته » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « رضاها » .

(٤) سورة البقرة ٢٣٦.

(٥ - ٥) فى الأصل : « فأشهدكم على » .

(٦) فى : باب فى من تزوج ولم يسم صداقا ...، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٨. وصححه فى الإرواء ٦/ ٣٤٤، ٣٤٥.

لم يَجِبْ لَمَا اسْتقرَّ بالدُّخولِ ، ولا مَلَكَتِ المُطالَبَةَ بفَرْضِه قبلَه ، ولأنَّ إخْلاءَ النِّكاحِ عن المَهْرِ خالِصٌ لرسولِ اللَّهِ ﷺ.

ولها[1] المُطالَبَةُ بفَرْضِه قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ، ويلْزَمُه إجابَتُها إليه . فإن تَرافَعا إلى الحاكمِ ، لم يَفْرِضْ إلَّا مَهْرَ المِثْلِ ؛ لأنَّه الواجِبُ لها ، وإن تَراضَى الزَّوْجان على فَرْضِه ، جاز . فإن فَرَض لها مَهْرَ مثلِها ، فليس لها غيرُه ؛ لأنَّه الواجِبُ لها . وإن فَرَض لها الحاكِمُ[2] أكْثَرَ منه ، جاز ؛ لأنَّ له أن يَزِيدَها في صَداقِها . وإن فَرَض لها أقَلَّ منه فرَضِيَتْه ، جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، فمَلَكَتْ تَنْقِيصَه . وما فَرَض لها مِن ذلك صار كالمُسَمَّى في التَّنْصِيفِ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، وقَرارِه بالدُّخولِ وغيرِه ؛ لأنَّه مَهْرٌ مَفْرُوضٌ[3] ، فأَشْبَهَ المَفْرُوضَ بالعَقْدِ . وإن دَخَل بها قبلَ الفَرْضِ ، اسْتَقَرَّ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الوَطْءَ في نِكاحٍ خالٍ مِن[4] مَهْرٍ خالِصٌ لرسولِ اللَّهِ ﷺ.

وإن مات أحدُهما قبلَ الإصابَةِ والفَرْضِ ، وَجَب لها مَهْرُ نِسائِها ، في صحيحِ المَذْهَبِ ؛ لِما روَى عَلْقَمَةُ أنَّ ابنَ مَسْعُودٍ سُئِلَ عن رجلٍ تزَوَّجَ امرأةً ولم يَفْرِضْ لها صَداقًا ، ولم يَدْخُلْ بها حتى مات ، فقال ابنُ مسعودٍ : لها صَداقُ[5] نِسائِها ، لا وَكْسَ ولا شَطَطَ ، ولها المِيراثُ . فقامَ مَعْقِلُ بنُ سِنانٍ الأَشْجَعِيُّ ، فقال : قَضَى رسولُ اللَّهِ ﷺ في بَرْوَعَ ابْنَةِ وَاشِقٍ ، امْرأةٍ

(1) في الأصل : « له » .

(2) زيادة من : م .

(3) سقط من : الأصل .

(4) في م : « عن » .

(5) في ف : « مهر » .

مِنَّا ، مثلَ ما قَضَيْتَ[1] . أخْرجَه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ ، وقال : حديثٌ حسنٌ[2] صحيحٌ . [٢٩٦ظ] وعن أحمدَ ، لا يَكْمُلُ لها الصَّداقُ ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ قبلَ فَرْضٍ ومسيسٍ ، فأَشْبَهَتِ الطَّلاقَ . فعلى هذا ، يجِبُ لها نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ .

فصل : ومَهْرُ نِسائِها هو مَهْرُ نِساءِ عَصَباتِها المُساوِياتِ لها ، ويُعْتَبَرُ الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ مِنْهُنَّ ، فأَقْرَبُهُنَّ الأَخَواتُ ، ثم بنَاتُ الإِخْوَةِ ، ثم العَمَّاتُ ، ثم بَناتُ الأَعْمامِ[3] ، ثم مَن بعدَهُنَّ[4] ؛ الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ . ولا يُعْتَبَرُ ذواتُ الأَرْحامِ ، كالأُمِّ والخالَةِ والأُخْتِ مِن الأُمِّ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَين ؛ لأنَّ المَهْرَ يَختَلِفُ بالنَّسَبِ ، ونَسَبُها مُخالِفٌ لنَسَبِهِنَّ . والأُخْرَى ، يُعْتَبَرُ ؛ لأنَّهُنَّ مِن نِسائِها ، فيَدْخُلْنَ فى الخَبَرِ . فإن لم يكنْ لها نِساءُ عَصَباتٍ ، اعْتُبِرَ هؤلاء على الرِّوايتَين .

ويُعْتَبَرُ بمَن يُساوِيها فى صِفاتِها ؛ مِن سِنِّها ، وبلَدِها ، وعَقْلِها ، وعِفَّتِها ، وجَمالِها ، ويَسارِها ، وبَكارَتِها ، وثُيوبَتِها ؛ لأنَّه عِوَضُ مُتْلَفٍ ، فاعْتُبِرَ فيها الصِّفاتُ . فإن لم يكنْ مَهْرُ نِسائِها يَخْتَلِفُ بهذه الأُمورِ ، لم نَعْتَبِرْها ، وإن كان يَخْتَلِفُ ، فلم نَجِدْ إلَّا دُونَها ، زِيدَ لها بقَدْرِ فَضِيلَتِها ، وإن لم يُوجَدْ[5] إلَّا أعْلَى منها ، نقَصَتْ بقَدْرِ نَقِيصَتِها .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٣.

(٢) سقط من : الأصل ، ف .

(٣) فى الأصل : « العم » .

(٤) فى الأصل ، ف : « بعدهم » .

(٥) فى الأصل : « يجد » .

ويجبُ حالًّا مِن نَقْدِ البَلدِ ، كقِيَمِ المُتْلفاتِ . فإن كان عادةُ نِسائِها التأْجِيلَ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُفْرَضُ مُؤَجَّلًا ؛ لأنَّه مَهْرُ نِسائِها . والثانى ، يُفرَضُ حالًّا ؛ لأنَّه قِيمَةُ مُتْلَفٍ .

فإن كان عادَتُهم أنَّهم إذا زوَّجُوا عَشِيرَتَهم خفَّفُوا ، وإذا زوَّجُوا غيرَهم ثَقَّلُوا ، أو عَكْسَ ذلك ، اعْتُبِرَ ؛ لأنَّه مَهْرُ المِثْلِ . فإن لم يُوجَدْ مِن أقارِبِها أحدٌ ، اعْتُبِرَ شِبْهُها مِن أهْلِ بلَدِها . فإن عُدِمَ ذلك ، اعْتُبِرَ أقْرَبُ الناسِ إليها مِن نِساءِ أقْرَبِ البُلْدانِ إليها .

فصل : وإن طَلَّقَ المُفَوِّضَةَ قبلَ الدُّخولِ والفَرْضِ ، فليس لها إلَّا المُتْعَةُ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ جماعَةٍ . وعنه ، لها نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه نِكاحٌ صحيحٌ يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ بعدَ الدُّخولِ ، فيُوجِبُ نِصْفَه بالطَّلاقِ قبلَه ، كالتى سَمَّى لها . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ ﴾[1] . ولا مُتْعَةَ لغيرِها[2] فى ظاهرِ المذهبِ ؛ لأنَّه لمَّا خَصَّ بالآيَةِ مَن لم يَفْرِضْ لها ، ولم يَمَسَّها[3] ، دلَّ على أنَّها لا تَجِبُ لمَدْخُولٍ بها ، ولا مَفْرُوضٍ لها ، ولأنَّه حَصَل فى مُقابَلَةِ الابتِذالِ المَهْرُ أو نِصْفُه ، بخِلافِ مَسْأَلَتِنا . وعنه ، لكلِّ مُطَلَّقَةٍ مَتاعٌ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[4] . وقال سبحانه وتعالى : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ

---

(١) سورة البقرة ٢٣٦.

(٢) فى ف : « لها » .

(٣) فى الأصل ، ف : « يسم » .

(٤) سورة البقرة ٢٤١.

طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[1] . قال أبو بَكْرٍ: العَمَلُ عندِى على هذه الرِّوايَةِ لولا تواتُرُ الرِّواياتِ بخِلافِها؛ فإنَّه لم يَرْوِ هذه إلَّا حَنْبَلٌ، وخالَفَه سائرُ مَن روَى عن أبى عبدِ اللَّهِ، فيَتَعَيَّنُ حملُ هذه الرِّوايَةِ على الاسْتِحْبابِ، جَمْعًا بينَ دَلالَةِ الآياتِ المُخْتَلِفاتِ، ولِما ذكَرْنا مِن المَعْنَى.

فأمَّا المُتَوَفَّى عنها زَوْجُها[2]، فلا مُتْعَةَ لها، بغيرِ خِلافٍ؛ لأنَّ الآيَةَ لم تتناوَلْها، ولا هى فى[3] مَعْنَى المَنْصُوصِ عليه.

فصل: والمُتْعَةُ مُعْتَبَرَةٌ بحالِ الزَّوْجِ، على المُوسِعِ قَدَرُه وعلى المُقْتِرِ قَدَرُه. وحَكَى القاضِى عن أحمدَ أنَّها مُقَدَّرَةٌ بنِصْفِ [٢٩٧و] مَهْرِ المِثْلِ؛ لأنَّها بدلٌ عنه، فتقَدَّرَتْ به. والمَذْهَبُ الأوَّلُ؛ لقولِه تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾[4]. فقَدَّرَها بحالِ الزَّوْجِ دونَ حالِ المرأةِ، ولأنَّه لو وَجَب قَدْرُ نِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ، [5]كان ذلك نِصْفَ مَهْرِ المِثْلِ[5].

وفى قَدْرِها رِوايَتان؛ إحْداهما، يُرْجَعُ فيها[6] إلى اجْتِهادِ الحاكمِ، فيَفْرِضُ لها ما يُؤَدِّيه اجْتِهادُه إليه؛ لأنَّه أمْرٌ لم يَرِدِ الشَّرْعُ بتَقْدِيرِه، ويَحْتاجُ

---

(١) سورة الأحزاب ٤٩.

(٢) سقط من: الأصل، م.

(٣) سقط من: م.

(٤) سورة البقرة ٢٣٦.

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

(٦) فى ف: «فى ذلك».

إلى الاجْتِهادِ ، فَرُدَّ إلى الحاكم ، كالنَّفَقَةِ . والثانيةُ ، أعْلَى المُتْعَةِ خادِمٌ ، وأدْناها كِسْوَةٌ تُجْزِئُها لصَلاتِها[1] ، وأوْسَطُها ما بينَ ذلك ؛ لقولِ ابنِ عباسٍ : أعْلَى المُتْعَةِ[2] خادِمٌ ، ثم دُونَ ذلك النَّفَقَةُ ، ثم دونَ ذلك الكِسْوَةُ[3] . وهذا تفْسِيرٌ مِن الصَّحابيِّ ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ إليه .

فصل : وكلُّ فُرْقَةٍ أسْقَطَتِ المُسَمَّى أسْقَطَتِ المُتْعَةَ ، وما نَصَّفَتِ المُسَمَّى أوْجَبَتِ المُتْعَةَ ؛ لأنَّها قائمةٌ مَقامَ نِصْفِ المُسَمَّى ، فاعْتُبِرَ ذلك فيها . وسُئِل أحمدُ عن رجلٍ تزَوَّجَ امرأةً ولم يكنْ فَرَض لها مَهْرًا ، ثم وَهَب لها غُلامًا ، ثم طَلَّقَها ، قال : لها المُتْعَةُ ؛ وذلك لأنَّ الهِبَةَ لا تَنْقَضِي بها المُتْعَةُ ، كالمُسَمَّى .

فصل : فأمَّا المُفَوِّضَةُ المَهْرِ ، وهى التى تزَوَّجَها على حُكْمِها ، أو حُكْمِ أجْنَبِيٍّ ، أو بمَهْرٍ فاسِدٍ ، أو يُزَوِّجُها غيرُ الأبِ بغيرِ صَداقٍ بغيرِ إذْنِها ، فإنَّه يتَنَصَّفُ لها مَهْرُ المِثْلِ بالطَّلاقِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ . وعن أحمدَ ، ليس لها إلَّا المُتْعَةُ ؛ لأنَّه نِكاحٌ خَلَا عن تَسْمِيَةٍ صَحيحةٍ ، فأَشْبَهَ نِكاحَ المُفَوِّضَةِ البُضْعِ . ولَنا ، أنَّها لم تَرْضَ بغيرِ صَداقٍ ، ولا رَضِيَ أبُوها ، فلم تَجِبِ المُتْعَةُ ، كالتى سَمَّى لها ، بخِلافِ الرَّاضِيَةِ بغيرِ صَداقٍ .

---

(١) فى الأصل : « لصداقها » . وفى م : « فى صلاتها » .

(٢) فى ف : « النفقة » .

(٣) أخرجه ابن جرير ، فى تفسيره ٢/ ٥٣٠، عن عكرمة عن ابن عباس . وعن إسماعيل ابن علية عن ابن عباس قال : أرفع المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة ، ثم دون ذلك النفقة . مصنف ابن أبى شيبة ٥/ ١٥٦، ١٥٧.

فصل : وللأبِ تَزْوِيجُ ابْنَتِه بدُونِ صَداقِ مثلِها ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، بِكْرًا أو ثَيِّبًا ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، خَطَب الناسَ فقال : ألَا لا تُغالُوا فى صُدُقِ[1] النِّساءِ ، فَما أصْدَقَ رسولُ اللَّهِ ﷺ أحدًا مِن نِسَائِه [2]ولا[2] بَناتِه أكْثَرَ مِن اثْنَتَىْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً[3] . وظاهِرُه صِحَّةُ تَسْمِيَةِ مَن زَوَّجَ بمثلِ ذلك وإنْ نَقَص عن مَهْرِ المِثْلِ . وزَوَّجَ سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ابْنَتَه بدِرْهمَيْن وهو سَيِّدٌ قُرَشِيٌّ . ولأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ فى حقِّها ، فلا يُمْنَعُ مِن تَحْصِيلِ المَقْصُودِ والحَظِّ لابْنَتِه بتَفْوِيتِ[4] غيرِ المَقْصُودِ .

وليس لغيرِه نقصُها عن مَهْرِ نِسائِها إلَّا بإذْنِها ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ ، فإن زوَّجَ بغيرِ صَداقٍ ، لم يكنْ تَفْوِيضًا صحيحًا ؛ لأنَّه أسْقَطَ ما ليس له التَّصَرُّفُ فيه ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ، وإن فعَلَه الأبُ ، كان تَفْوِيضًا صحيحًا .

فصل : وللأبِ أن يَشْتَرِطَ لنفسِه شيئًا مِن صَداقِ ابْنَتِه ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى أخْبَرَ أنَّ شُعَيْبًا زَوَّجَ ابْنَتَه لموسى ، عليهما السلامُ ، برِعايَةِ غنمِه[5] . وقال

---

(١) فى الأصل : « صداق » .

(٢ - ٢) فى م : « أو » .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٥، ٤٨٦. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٦. والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح ٦/ ٩٦. والدارمى ، فى : باب كم كانت مهور أزواج النبى ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤١. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٤١، ٤٨.

(٤) فى الأصل : « بتقريب » .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ ﴾ . الآية ٢٧ من سورة القصص . وانظر التعليق المتقدم فى صفحة ٢٣٣ .

النبيُّ ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ»[1]. وقالَ عليه السلامُ: «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»[2]. قال التِّرْمِذِيُّ: هذا حديثٌ حسنٌ. فإن زوَّجَها على أَلْفٍ لها وأَلْفٍ له، ثم طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ، رَجَع الزَّوْجُ بالأَلْفِ التى لها؛ لأنَّ ما أخَذَه الأبُ مَحْسُوبٌ على البِنْتِ مِن صَداقِها، فكأَنَّها قبَضَتْه، ثم وهَبَتْه لأَبِيها. فإن شَرَط غيرُ الأبِ شيئًا لنَفْسِه، فالكلُّ لها، ولا شيءَ له؛ لأنَّه عِوَضٌ عنها، فكان لها، كالمُسَمَّى لها.

فصل: وإن زَوَّجَ الرجلُ ابْنَه [٢٩٧ظ] الصَّغِيرَ، فالمَهْرُ على الزَّوْجِ؛ لأنَّ المُعَوَّضَ[3] له، فكان العِوَضُ عليه، كالكَبِيرِ، وكما لو اشْتَرَى له شيئًا. فإن كان الابْنُ مُعْسِرًا، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، هو عليه؛ لذلك[4]. والثانى، على الأَبِ؛ لأنَّه لمَّا زوَّجه مع عِلْمِه بإعْسارِه ووُجوبِ الصَّداقِ عليه، كان رِضًا منه بالتِزامِه.

فصل: وإن تزَوَّجَ العَبْدُ بإذْنِ مَوْلاه، فالمَهْرُ على المَوْلَى؛ لأنَّه وَجَب بإذْنِه، فكان عليه، كالذى يجِبُ بعَقْدِ الوَكِيلِ. وإن تزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه، فالنِّكاحُ باطِلٌ، فإن فارَقَها قبلَ الدُّخُولِ، فلا شيءَ عليه، وإن دَخَل بها، ففى رَقَبَتِه صَداقُها؛ لأنَّه وَجَب بجِنايَتِه، فكان فى رَقَبَتِه، كسائرِ جِناياتِه. وفى قَدْرِه رِوايَتان؛ إحْداهما، مَهْرُ مِثْلِها؛ لأنَّه وَطْءٌ

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣/ ٦٠٢.

(٢) تقدم تخريجه فى ٣/ ٦٠٣.

(٣) فى الأصل: «العوض».

(٤) فى م: «كذلك».

يُوجِبُ المَهْرَ، فأوْجَبَ جميعَه، كوَطْءِ المُكْرَهَةِ. والثانيةُ، يجِبُ عليه خُمُسَا المَهْرِ؛ لِما روَى خِلَاسٌ أنَّ غُلامًا لأبى موسى تزَوَّجَ بمَوْلاةِ تيجانَ[1] التَّيْمِيِّ بغيرِ إذنِ أبى موسى، فكَتَبَ فى ذلك إلى عُثْمانَ بنِ عَفّانَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، فكَتَبَ إليه أن فَرِّقْ بينَهما، وخُذْ لها الخُمُسَيْن مِن صَداقِها. وكان صَداقُها خَمْسَةَ أبْعِرَةٍ. رَواه الإمامُ أحمدُ[2]. ولأنَّ المَهْرَ أحدُ مُوجَبَىِ الوَطْءِ، فجازَ أن يَنْقُصَ فيه العَبْدُ عن الحُرِّ، كالحَدِّ. وقد روَى حَنْبَلٌ عن أحمدَ أنَّه لا صَداقَ عليه. وهذا يَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ على ما إذا فُرِّقَ بينَهما قبلَ الدُّخولِ. ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ شىءٌ فى الحالَيْن؛ لأنَّ المرأةَ مُطاوِعَةٌ له فى غيرِ نِكاحٍ صحيحٍ، أشْبَهَ الزَّانِيَةَ. وهذا مذْهَبُ ابنِ عُمَرَ. والمَذْهَبُ الأوَّلُ. والسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بينَ أن يَفْدِيَه بأقَلِّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو[3] الواجِبِ مِن المَهْرِ[4]، كأَرْشِ جِناياتِه[5].

وإذا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَه أمَتَه، وَجَب الصَّداقُ عليه، ثم سَقَط؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يخْلُو مِن مَهْرٍ، ولا يَثْبُتُ للسَّيِّدِ على عبدِه مالٌ، فسَقَطَ. وقال القاضِى: لا يَثْبُتُ مَهْرٌ أصْلًا؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يجِبَ للسَّيِّدِ على عَبْدِه مالٌ.

---

(١) فى م: «تيحان».

(٢) لم نجده عند الإمام أحمد. وأخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٧/ ٢٤٣. وابن أبى شيبة، فى: المصنف ٤/ ٢٥٩، ٢٦٠.

(٣) فى الأصل: «و».

(٤) فى ف: «مهر المثل».

(٥) فى ف: «جنايته».

وإن تزَوَّجَ العَبْدُ بحُرَّةٍ أو أمَةٍ (١ بغيرِ إذْنِ ١) سَيِّدِه، ثم باعَها العَبْدَ، أو باعَه لسَيِّدِ الأمَةِ بثَمَنٍ فى الذِّمَّةِ، صَحَّ، وتَحَوَّلَ صَداقُها إلى ثَمَنِه، أو نِصْفُه إن كان قبلَ الدُّخولِ. وإن باعَها إيَّاه بصَداقِها، صَحَّ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَبِيعَها به عبدًا آخَرَ، فكذلك هذا. ويَنْفَسِخُ النِّكاحُ إذا ملَكَتْ زَوْجَها، فإن كان قبلَ الدُّخولِ، رَجَع السَّيِّدُ عليها بما يسْقُطُ مِن صَداقِها.

(١ - ١) فى الأصل: «بإذن».

بابُ اختِلافِ الزَّوْجَيْـنِ فى الصَّداقِ

إذا اخْتَلَفَا فى قَدْرِه ولا بَيِّنَةَ على مَبْلَغِه، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، القولُ قولُ مَن يَدَّعِى مَهْرَ المِثْلِ منهما؛ فإنِ ادَّعَتْ مَهْرَ المِثْلِ أو أقَلَّ، فالقولُ قولها، وإنِ ادَّعَى مَهْرَ مِثْلِها أو أكْثَرَ، فالقولُ قولُه؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ صَداقَها مَهْرُ مِثْلِها، ولأنَّه مُوجَبُ العَقْدِ، بدليلِ ما لو خَلَا عن الصَّداقِ، فكان القولُ قولَ مُدَّعِيه، كالمُنْكِرِ فى سائرِ الدَّعاوَى. فإنِ ادَّعى أقَلَّ مِن مَهْرِ المِثْلِ، وادَّعَتْ أكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ، رُدَّا إلى مَهْرِ المِثْلِ. ويَنْبَغِى أن يَحْلِفَ الزَّوْجُ على نَفْيِ الزَّائدِ عن مَهْرِ المِثْلِ، وتَحْلِفَ هى على إثْباتِ ما نَقَص منه؛ لأنَّ دَعْوَى كلٍّ واحدٍ منهما مُحْتَمِلَةٌ، فلا تُدْفَعُ بغيرِ يَمِينٍ. والرِّوايَةُ [٢٩٨و] الثانيةُ، القولُ قولُ الزَّوْجِ بكلِّ حالٍ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ قولِه ﷺ: «وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْه»[1]. فإن مات الزَّوْجان، فوَرَثَتُهما بمَنْزِلَتِهما، إلَّا أنَّ مَن يَحْلِفُ منهما على الإثْباتِ يَحْلِفُ على البَتِّ، ومَن يَحْلِفُ على النَّفْيِ يَحْلِفُ على نَفْيِ العِلْمِ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على نَفْيِ فِعْلِ الغيرِ.

وإنِ اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وأبو الصَّغِيرَةِ أو المجْنُونَةِ، قام الأبُ مَقامَهما فى اليَمِينِ؛ لأنَّه يَحْلِفُ على فِعْلِ نفسِه، فأَشْبَهَ الوَكِيلَ. فإن لم يَحْلِفْ حتى

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦٨.

بلَغَتِ الصَّبِيَّةُ ، وعَقَلَتِ المجْنُونَةُ ، فاليَمِينُ عليهما دُونَه ؛ لأنَّه إنَّما حَلَف لتَعَذُّرِ اليَمِينِ مِن جِهَتِهما ، فإذا أمْكَنَ الحَلِفُ منهما ، لَزِمَهما ، كالوَصِيِّ إذا بَلَغ الطِّفْلُ .

فصل : وإن أنْكَرَ الزَّوْجُ تَسْمِيَةَ الصَّداقِ ، وادَّعَتْ تَسْمِيَةَ مَهْرِ المِثْلِ ، وكان الخِلافُ بعدَ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، ففيه وَجْهان ؛ بِناءً على الرِّوايَتَيْن . فإن قُلْنا : القولُ قولُ الزَّوْجِ . وجَبَتِ المُتْعَةُ . وإن قُلْنا بالرِّوايَةِ الأُخْرَى ، فلها نِصْفُ مَهْرِ مثلِها(١) . وإنِ اخْتَلفَا قبلَ الطَّلاقِ بعدَ الدُّخُولِ ، فقد اسْتَقَرَّ لها مَهْرُ مِثْلِها . وإن كان قبلَه ، فلها المُطالَبَةُ بفَرْضِ مَهْرِ المِثْلِ ، ولا يُشْرَعُ التَّحالُفُ . وإنِ ادَّعَتْ أكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ، حَلَف على نَفْيِ الزِّيادَةِ .

فصل : فإن قال : أصْدَقْتُكِ هذا العَبْدَ . قالت : بل هذه الأمَةَ . لم تَمْلِكِ العَبْدَ ؛ لأنَّها لا تَدَّعِيه ، ولا الأمَةَ ؛ لأنَّها لا تجِبُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . لكنْ إن قُلْنا : القولُ قولُ الزَّوْجِ . فلها قِيمَةُ العَبْدِ . وإن قُلْنا : القولُ قولُ مَن يَدَّعِي مَهْرَ المِثْلِ . وكانَتِ الأمَةُ مَهْرَ المِثْلِ أو أقَلَّ ، حَلَفَتْ ، ولها قِيمَتُها . وإن كانت أكْثَرَ والعَبْدُ مَهْرَ المِثْلِ أو(٢) أكْثَرَ ، حَلَف الزَّوْجُ ، ولها قِيمَتُه . وإن كانَتِ الأمَةُ أكْثَرَ والعَبْدُ أقَلَّ ، رُدَّ إلى مَهْرِ المِثْلِ ، على ما ذكَرْنا فيما تقدَّمَ .

---

(١) في م : « المثل » .

(٢) في الأصل : « و » .

فصل : وإنِ اخْتلفا فى قَبْضِ الصَّداقِ أو إبْرائِه منه ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ[1] الأصْلَ معها . وإنِ اخْتَلفا فيما يَسْتَقِرُّ به الصَّداقُ مِن الاسْتِمْتاعِ ، أو الخَلْوَةِ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ معه . وإنِ اتَّفَقَا على أنَّه دَفَع إليها مالًا ، فقال : دفَعْتُه صَداقًا . قالت : بل هِبَةً . فإن كان الخِلافُ فى نِيَّتِه ، فالقولُ قولُه بلا يَمِينٍ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بما نَواه . وإنِ اخْتَلفا فى لَفْظِه ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فالقولُ قولُه فى صِفَةِ نَقْلِه .

فصل : وإن نَقَص الصَّداقُ فى يَدِها بعدَ الطَّلاقِ ، فقالَت : حَدَث بعدَ الطَّلاقِ ، فلا ضَمانَ عَلَيَّ . وقال : بل قبلَه . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِها .

فصل : ويجبُ المَهْرُ للمَوْطُوءَةِ فى نِكاحٍ فاسِدٍ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ فى التى نَكَحَتْ نفسَها بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها : « فَإِن أَصابَهَا ، فَلَها المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »[2] . ويجبُ للمَوْطُوءَةِ بشُبْهَةٍ ؛ لهذا المَعْنَى . ويَجِبُ للمُكْرَهَةِ على الزِّنَى ؛ لأنَّه وَطْءٌ سَقَط الحَدُّ عنها فيه بشُبْهَةٍ ، والواطئُ مِن أهْلِ الضَّمانِ فى حقِّها ، فأوْجَبَ المَهْرَ ، كالوَطْءِ بالشُّبْهَةِ . ولا يجِبُ مع المَهْرِ أَرْشُ البَكارَةِ فى هذه المواضِعِ ؛ لأنَّه داخِلٌ فى المَهْرِ . وعنه ، للمُكْرَهَةِ الأَرْشُ [3]مع المَهْرِ[3] ؛ لأنَّه إتْلافُ جُزْءٍ ، فوَجَبَ عِوَضُه ، كما لو جَرَحَها ثم وَطِئَها . وعن أحمدَ ، [٢٩٨ظ] لا يجِبُ المَهْرُ للمُكْرَهَةِ الثَّيِّبِ ؛ قِياسًا على

---

(١) فى الأصل : « لكن » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٣، ٢٢٤.

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المُطاوِعَةِ. وعنه، لا يجبُ لمَحارِمِه مِن النَّسَبِ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهُنَّ تَحرِيمُ أصْلٍ، فلا يُوجِبُ وَطْؤُهُنَّ مَهْرًا، كاللِّواطِ. وعنه، مَن تَحْرُمُ ابْنَتُها، لا مَهْرَ لها؛ لذلك[1]، ومَن تَحِلُّ بِنْتُها، كالعَمَّةِ، والخالَةِ، يجبُ لها؛ لأنَّ تَحْرِيمَها أخَفُّ. ولَنا، أنَّه أتْلَفَ مَنْفَعَةَ بُضْعِها بالوَطْءِ مُكْرَهَةً، فأَشْبَهَتِ الأجْنَبِيَّةَ والبِكْرَ.

فصل: ولا يجِبُ المَهْرُ للمُطاوِعَةِ على الزِّنَى؛ لأنَّها باذِلَةٌ لِما يُوجِبُ البَدَلَ[2] لها، فلم يَجِبْ لها شيءٌ[3]، كما لو أَذِنَتْ فى قَطْعِ يَدِها. فإن كانت أمَةً، وَجَب المَهْرُ لسَيِّدِها؛ لأنَّه المُسْتَحِقُّ له، فلا يَسْقُطُ ببَذْلِها، كيَدِها.

ولا يجِبُ المَهْرُ بالوَطْءِ فى الدُّبُرِ، ولا اللِّواطِ؛ لأنَّه لا مَنْفَعةَ فيه مُتَقَوِّمَةً فى الشَّرْعِ، بخِلافِ الفَرْجِ.

فصل: ومَن نِكاحُها باطلٌ بالإجْماعِ؛ كذاتِ الزَّوْجِ، والمُعْتَدَّةِ، حُكْمُها حُكْمُ الأجْنَبِيَّةِ فى وُجوبِ الصَّداقِ إن كان الوَطْءُ بشُبْهَةٍ أو إكْراهٍ، وسُقُوطِه إن كانت مُطاوِعَةً عالمةً بالتَّحْرِيمِ؛ لأنَّه باطِلٌ بالإجْماعِ، فكان وُجودُه كعَدَمِه.

---

(١) فى م: «كذلك».

(٢) فى ف: «البذل».

(٣) سقط من: الأصل.

بابُ الوَلِيمَةِ

وهى الإطْعامُ فى العُرْسِ .

وهى مُسْتَحَبَّةٌ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال لعبدِ الرحمنِ بنِ عَوْفٍ حينَ تزَوَّجَ : « أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وليست واجِبَةً ؛ لأنَّها طَعامٌ لسُرورٍ حادِثٍ ، فأَشْبَهَ سائرَ الأطْعِمَةِ .

ويُسْتَحَبُّ أن يُولِمَ بشاةٍ ؛ للخَبَرِ ، وإن أوْلَمَ بغيرِها أصاب السُّنَّةَ ؛ لِما

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى قول اللّه تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا ...﴾ ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إخاء النبى ﷺ بين المهاجرين والأنصار ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب قول الرجل لأخيه : انظر أىَّ زوجتى شئت ، وباب قول اللّه تعالى : ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ...﴾ ، وباب الصفرة للمتزوج ...، وباب كيف يدعى للمتزوج ، وباب الوليمة حق ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الإخاء والحلف ، من كتاب الأدب ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٣/ ٦٨، ٦٩، ٥/ ٣٩، ٧/ ٤، ٢٥، ٢٧، ٣٠، ٣١، ٨/ ٢٧، ١٠٢. ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٤٢، ١٠٤٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب قلة المهر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٦. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٢، ٣. وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح ١/ ٦١٥. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٤٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١٦٥، ١٩٠، ٢٠٥، ٤٧١.

رَوَى أَنَسٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، قالَ : ما أَوْلَمَ رسولُ اللَّهِ ﷺ على شَيْءٍ مِن نِسائِه ما أَوْلَمَ على زَيْنَبَ ، أَوْلَمَ بشَاةٍ . (١ مُتَّفَقٌ عليه ١) .

فصل : وإجابَةُ الدَّاعِي إليها واجِبَةٌ ؛ لِما رَوَى ابنُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنهما ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إذَا دُعِيَ أَحَدُكُم إلَى الوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا » . وقال أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه : و[٢] مَن لم يُجِبْ فقد عَصَى اللَّهَ ورسولَه . رَواهما البُخارِيُّ[٣] .

(١ - ١) سقط من : « ف » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب ﴿ لا تدخلوا بيوت النبى إلا أن يؤذن لكم ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب الوليمة ولو بشاة ، وباب من أولم على بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٦/ ١٤٨ ، ١٤٩ ، ٧/ ٣١. ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ، وباب زواج زينب بنت جحش ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٤٦ ، ١٠٤٩.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى استحباب الوليمة عند النكاح ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣٠٧. وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ١٦٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ١٧٢ ، ٢٢٧.

(٢) زيادة من : م .

(٣) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب حق إجابة الوليمة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٣١.

كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٢. وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣٠٦. وابن ماجه ، فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٦. والدارمى ، فى : باب إجابة الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٣. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٤٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٠ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٠١.

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب من ترك الدعوة فقد عصى اللَّه ورسوله ، من كتاب =

وإن كان الداعِى ذِمِّيًا ، لم تَجِبْ إجابَتُه ؛ لأنَّ الإجابَةَ للمسلمِ للإكْرامِ والمُوالاةِ ، ولا يجِبُ ذلك للذِّمِّيِّ . وتجوزُ[1] إجابَتُه ؛ لِما رَوَى أَنَسٌ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ يَهُودِيًّا دعَا النبىَّ ﷺ إلى خُبْزِ شَعِيرٍ ، وإِهَالَةٍ سَنِخَةٍ[2] ، فأَجابَه . رَواه الإمامُ أحمدُ فى « الزُّهْدِ »[3] .

وإنَّما تَجِبُ إجابَةُ المسلمِ إذا نَصَّ عليه . فإن دَعا الجَفَلَى ، كقولِه : أيُّها[4] الناسُ أَجِيبُوا . و[5] : هَلُمَّ إلى الطَّعامِ . لم تَجِبِ الإجابَةُ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ غيرُ مَنْصُوصٍ عليه ، فلا يَنْكَسِرُ قَلْبُ الدَّاعِى بتَخَلُّفِه .

وإن دَعا ثلاثةَ أيَّامٍ ، وجَبَتِ الإجابَةُ فى اليومِ الأَوَّلِ ، واسْتُحِبَّ فى الثانى ، ولم تُسْتَحَبَّ فى الثالثِ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال :

= النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٣٢.

كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٤، ١٠٥٥. وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣٠٦. وابن ماجه ، فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٦. والدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢/ ١٠٥. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٤٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٤١، ٢٦٧، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٩٤.

(١) فى الأصل : « تجب » . خطأ .

(٢) الإهالة : الدسم والشحم ، والسنخة : المتغيرة الريح .

(٣) الزهد ٥.

كما أخرجه ، فى : المسند ٣/ ٢١٠، ٢١١، ٢٧٠.

(٤) فى ف : « يا أيها » .

(٥) فى ف : « أو » .

« الوَلِيمَةُ أَوَّلَ يَوْمٍ حَقٌّ ، والثَّانِى مَعْروفٌ ، والثَّالِث رِياءٌ وسُمْعَةٌ » . رَواه أبو داودَ[(١)] .

فإن دَعاه اثْنان ، ولم يُمْكِنْه الجمعُ بَيْنَهما ، أجاب أَسْبَقَهما ؛ لأنَّ إجابَتَه وجَبَتْ بدَعْوَتِه ، فمنَعَت مِن وُجوبِ إجابَةِ الثانِى . فإنِ اسْتَوَيا ، أجابَ أَقْرَبَهما بابًا ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « إِذَا اجْتَمَعَ داعِيَانِ ، فَأَجِبْ أَقْرَبَهما بَابًا ، فَإِنَّ أَقْرَبَهُمَا بَابًا أَقْرَبُهُمَا جِوَارًا ، فإنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا ، فأَجِبِ الذى سَبَقَ » . رَواه أبو داودَ[(٢)] . فإنِ اسْتَوَيَا ، أَجابَ [٢٩٩و] أَقْرَبَهما رَحِمًا ، فإنِ اسْتَوَيَا ، أجابَ أَدْيَنَهما[(٣)] ؛ لأنَّ هذا مِن أبْوابِ البِرِّ ، فقُدِّمَ بهذه المعانِى . فإنِ اسْتَوَيا ، أَقْرَعَ بينَهما .

فصل : وإذا دُعِىَ الصَّائمُ ، لم تَسْقُطِ الإجابَةُ ، فإذا حَضَر وكان الصَّوْمُ واجِبًا ، لم يُفْطِرْ ، وإن كان تَطَوُّعًا ، اسْتُحِبَّ له الفِطْرُ ، لِيَسُرَّ أخاه ويَجْبُرَ قَلْبَه ، ولا يجِبُ ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ

---

(١) فى : باب فى كم تستحب الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣٠٧.
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٤. وابن ماجه ، فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٧. والدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمى ٢/ ١٠٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢٨، ٣٧١. وضعفه الحافظ فى التلخيص ٣/ ١٩٥، ١٩٦. والألبانى فى الإرواء ٧/ ٨ - ١١.

(٢) فى : باب إذا اجتمع داعيان أيهما أحق ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣١٠.
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٤٠٨. وضعف الحافظ إسناده ، فى : التلخيص الحبير ٣/ ١٩٦. وانظر الإرواء ٧/ ١١.

(٣) فى ف : « أدناهما » .

ﷺ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكم ، فلْيُجِبْ ، فإِن كان صَائِمًا فَلْيَدْعُ ، وإِن كان مُفْطِرًا فَلْيَطْعَمْ » . [(1] رَواه مسلمٌ ، و [1)] أبو داوُدَ . ويُسْتَحَبُّ إِعْلامُهم بصِيَامِه ؛ لأنَّه يُرْوَى عن عُثْمانَ وابنِ عُمَرَ [(2)] ، رَضِيَ اللَّهُ عنهما . ولأنَّ التُّهْمَةَ تَزُولُ ويتَمَهَّدُ عُذْرُه . وإن كان مُفْطِرًا ، فالأَفْضَلُ الأَكْلُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ فيه جَبْرَ قَلْبِ الدَّاعِي ، ولا يجِبُ ؛ لِما روَى جابِرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الطَّعَامِ ، فَلْيُجِبْ ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » [(3)] . حديثٌ صحيحٌ .

فصل : والدُّعاءُ إلى الوَلِيمَةِ إِذْنٌ في الأَكْلِ والدُّخُولِ ؛ لِما روَى جابِرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ ، فَجَاءَ مَعَ الرَّسُولِ ، فَذَلِكَ إِذْنٌ لَهُ » . رَواه أبو داودَ [(4)] .

(1 - 1) زيادة من : ف .

والحديث أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٤. وأبو داود ، في : باب في الصائم يدعى إلى وليمة ، من كتاب الصوم . سنن أبي داود ١/ ٥٧٣.

كما أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في إجابة الصائم الدعوة ، من أبواب الصوم . عارضة الأحوذى ٣/ ٣٠٨. والإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ٢٧٩، ٤٨٩، ٥٠٧.

(2) أثر عثمان أخرجه البيهقى ، في : السنن الكبرى ٤/ ٢٧٩. وحسنه الألبانى ، في : الإرواء ٧/ ١٢ - ١٤.

وأثر ابن عمر أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٣/ ٦٤. والبيهقى ، في : السنن الكبرى ٧/ ٢٦٣.

(3) أخرجه البيهقى ، في : السنن الكبرى ٤/ ٢٧٩.

(4) في : باب في الرجل يدعى أيكون ذلك إذنه ؟ من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢/ ٦٣٩.

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢/ ٥٣٣. وصححه في الإرواء ٧/ ١٦، ١٧.

فصل : وإذا دُعِىَ إلى وَلِيمَةٍ فيها مُنْكَرٌ ، كالخَمْرِ والزَّمْرِ ، فأمْكَنَه الإنْكارُ ، حَضَر وأنْكَرَ ؛ لأنَّه يَجْمَعُ بينَ واجِبَيْن ، وإن لم يُمْكِنْه ، لم يَحْضُرْ ؛ لأنَّه يَرَى المُنْكَرَ ويَسْمَعُه اخْتِيارًا . وإن حَضَر ، فرَأى المُنْكَرَ أو سَمِعَه ، أزالَه ، فإن لم يُمْكِنْه إزالَتُه ، انْصرفَ ؛ لِما روَى سَفِينَةُ أنَّ رجلًا أضافَه عَلِيٌّ فصَنَعَ له طَعامًا ، فقالَتْ فاطِمَةُ : لو دَعَوْنَا رسولَ اللَّهِ ﷺ فأَكَلَ معَنا . فدَعَوْه ، فجاءَ فوضَعَ يَدَه على عُضادَتَي البابِ ، فرَأى قِرَامًا[1] فى ناحِيَةِ البيتِ ، فرَجَعَ ، فقالت فاطِمَةُ : الْحَقْه ، فقُلْ : ما رَجَعَكَ يارسولَ اللَّهِ ؟ فقال : « إنَّهُ لَيْسَ لِى أَنْ أَدْخُلَ بَيْتًا مُزَوَّقًا »[2] . حديثٌ حسنٌ . ولأنَّه يُشاهِدُ المُنْكَرَ ويَسْمَعُه مِن غيرِ حاجَةٍ ، فمُنِعَ منه ، كالقادِرِ على إزالَتِه . وإن عَلِمَ المُنْكَرَ ، ولم يَرَه ولم يَسْمَعْه ، لم يَنْصَرِفْ ؛ لأنَّه لم يَرَه ولم يَسْمَعْه .

ولا يَنْصَرِفُ لسَماعِ الدُّفِّ ؛ لأنَّه مَشْرُوعٌ ، ولا لرُؤْيَةِ نُقُوشٍ و[3] صُورِ غيرِ الحيَوانِ ، كالشَّجَرِ والأبْنِيَةِ ؛ لأنَّه نَقْشٌ مُباحٌ ، فهو كعَلَمِ الثَّوْبِ .

وأمَّا صُوَرُ الحَيَوانِ ، فإن كانَت تُوطَأُ أو يُتَّكَأُ عليها ، كالبُسُطِ والوَسائِدِ ، فلا بَأْسَ بها ، وإن كانت على حِيطانٍ أو سُتُورٍ ، انْصَرفَ ؛ لِما روَتْ عائشَةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، قالَتْ : قَدِمَ رسولُ اللَّهِ ﷺ مِن سَفَرٍ ،

---

(١) القرام : ستر فيه رقم ونقوش .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب إجابة الدعوة إذا حضرها مكروه ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣٠٩. وابن ماجه ، فى : باب إذا رأى الضيف منكرًا رجع ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ٢/ ١١١٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢٢١، ٢٢٢. وعند أبى داود وابن ماجه ، وفى الموضع الثانى من المسند ، أن الرجل هو الذى أضاف عليا ، رضى اللّه عنه .

(٣) سقط من : الأصل .

وقد سَتَرْتُ لى سَهْوَةً بنَمَطٍ[1] فيه تَصاوِيرُ ، فلمَّا رَآه ، قالَ : « أَتَسْتُرِينَ الخِدْرَ[2] بسِتْرٍ فِيهِ تَصَاوِيرُ » . فهَتَكَه . قالَتْ : فجعَلْتُ منه [3]مُنْبَذَتَين ، فكأَنِّى أَنْظُرُ إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ مُتَّكِئًا على إحْداهما[3] .

فإن قَطَع رأْسَ الصُّورَةِ ، أو ما لا يَبْقَى الحيوانُ بعدَه ، كصَدْرٍ وظَهْرٍ ، ذهَبَتِ الكَراهَةُ ؛ لأنَّه لا تَبْقَى الحَياةُ فيه ، فأَشْبَهَ الشَّجَرَ . وإن أُزِيلَ منه ما تَبْقَى الحَياةُ بعدَه ، كيَدٍ أو رِجْلٍ ، فالكَراهَةُ بحالِهَا ؛ لأنَّها صُورَةُ حَيوانٍ .

وإن سُتِرَتِ الحِيطانُ بسُتُورٍ غيرِ مُصَوَّرَةٍ لحاجَةٍ مِن حَرٍّ أو بَرْدٍ ، جاز ، ولم يُكْرَهْ ؛ لأنَّه يَسْتَعْمِلُه لحاجَةٍ[4] ، فأَشْبَهَ لُبْسَ الثِّيابِ . وإن [٢٩٩ظ] كان لغيرِ حاجَةٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو مُحَرَّمٌ ؛ لِما رُوِىَ عن عليِّ بنِ الحُسَيْنِ قال : نَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ أن تُسْتَرَ الجُدُرُ . رَواه الخَلَّالُ[5] . والنَّهْىُ يقْتَضِى التَّحْرِيمَ . ودَعَا ابنُ عُمَرَ أبا أَيُّوبَ ، فجاءَ فرَأَى البيتَ مَسْتُورًا بجُنادِىٍّ[6] أخْضَرَ ، فقال : يا عبدَ اللَّهِ أتَسْتُرونَ الجُدُرَ؟ لا أَطْعَمُ

---

(١) السهوة : الطاق ، أو شبه الرف ، والنمط : بساط ليف له خمل .

(٢) فى م : « الجدر » .

(٣ - ٣) فى م : « وسادتين وحشوتهما ليفا فلم يعب ذلك على » .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الصور فيما يوطأ ، من كتاب اللباس . سنن ابن ماجه ٢/ ١٢٠٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٤٧. وانظر صحيح البخارى ٣/ ١٧٩، ٧/ ٢١٥، ٢١٦. وصحيح مسلم ٣/ ١٦٦٩. والمجتبى ٨/ ١٨٩.

(٤) فى الأصل : « لحاجته » .

(٥) وأخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢٧٢. وقال : هذا منقطع .

(٦) فى م : « بنجاد » .

والجنادى ، قيل : هو جنس من الأنماط أو الثياب يستر بها الجدران . النهاية ١/ ٣٠٦.

لكم طَعامًا ، ولا أدْخُلُ لكم بَيْتًا . ثم خرَجَ[1] . والثانِى ، هو مَكْرُوهٌ ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ أقَرَّ عليه ولم يُنْكِرْه ، ولأنَّ كَراهَتَه لِما فيه مِن السَّرَفِ ، فلا يَبْلُغُ به التحريمُ ، كالزِّيادَةِ فى المَلْبُوسِ . ويجوزُ الرُّجوعُ لذلك ؛ لفِعْلِ أبى أيُّوبَ .

فصل : فأمَّا سائرُ الدَّعَواتِ غيرِ الوليمةِ ؛ كدَعْوَةِ الخِتَانِ ، وتُسَمَّى الإعْذارَ والعَذِيرَةَ ، والخُرْسِ والخُرْسَةِ عندَ الوِلادَةِ ، والوَكِيرَةِ ، دَعْوَةُ البِنَاءِ ، والنَّقيعَةِ ، لقُدومِ الغائبِ ، والحِذاقِ ، عندَ حِذْقِ الصَّبِىِّ[2] ، والمَأْدُبَةِ ، اسْمٌ لكلِّ دَعْوَةٍ لسَبَبٍ كانت أو لغيرِ سببٍ ، ففِعْلُها مُسْتَحَبٌّ ؛ لِما فيه مِن إطْعامِ الطَّعامِ ، وإظْهارِ النِّعْمَةِ . ولا تَجِبُ الإجابَةُ إليها ؛ لِما رُوِىَ عن عُثْمانَ بنِ أبى العَاصِ أنَّه دُعِىَ إلى خِتَانٍ ، فأَبَى أن يُجِيبَ وقال : إنَّا كُنَّا لا نأْتِى الخِتَانَ على عَهْدِ رسُولِ اللَّهِ ﷺ ، ولا نُدْعَى إليه . رَواه الإمامُ أحمدُ[3] . وتُسْتَحَبُّ الإجابَةُ ؛ لقولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « إذَا دُعِىَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ ، عُرْسًا كان أَوْ غَيْرَ عُرْسٍ » . رَواه أبو داودَ[4] . ولأنَّ فيه جَبْرَ قَلْبِ الدَّاعِى وتَطْيِيبَه .

---

(١) أخرجه البخارى معلقا بصيغة الجزم ، فى : باب هل يرجع إذا رأى منكرا فى الدعوة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٣٢، ٣٣. ووصله الإمام أحمد ، فى : كتاب الورع ٨٥. وعزاه فى مجمع الزوائد إلى الطبرانى فى الكبير ، وقال : ورجاله رجال الصحيح . مجمع الزوائد ٤/ ٥٤، ٥٥.

(٢) أى عند ختمه القرآن .

(٣) فى : المسند ٤/ ٢١٧.

(٤) فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٢/ ٣٠٦.

كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٤٦.

فصل : والنِّثارُ والتِقاطُه مُباحٌ ؛ لأنَّه نَوْعُ إباحَةٍ ، فأَشْبَهَ تَسْبِيلَ الماءِ والثَّمَرَةِ . وفى كَراهَتِه رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، يُكْرَهُ . وهى التى ذكَرَها الخِرَقِيُّ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه نَهَى عن النُّهْبَةِ ، وقالَ : « لَا تَحِلُّ النُّهْبَى » . رَواه أحمدُ فى « المُسْنَدِ »[1] . ولأَنَّ فى الْتِقَاطِه دَناءَةً وقِتالًا ، وقد يأْخُذُه مَن غيرُه أحَبُّ إلى صاحِبِ النِّثارِ منه . والثانيةُ ، لا يُكْرَهُ . اخْتارَها أبو بَكْرٍ ؛ لِما رَوَى عبدُ اللَّهِ بنُ قُرْطٍ ، قال : قُرِّبَ إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ خَمْسُ بَدَناتٍ أو سِتُّ بَدَناتٍ ، فَطَفِقْنَ يَزْدَلِفْنَ إليه بأَيَّتِهِنَّ يَبْدأُ ، فنَحَرَها رسولُ اللَّهِ ﷺ وقال : « مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ » . رَواه أبو داودَ[2] .

ولا بَأْسَ أن يَخْلِطَ المُسافِرون أزْوادَهم ، ويأْكُلونَ جميعًا ؛ لأنَّ السَّلَفَ كانُوا يتَناهَدُونَ[3] فى الغَزْوِ والحَجِّ وغيرِهما .

ومَن وَقَع فى حِجْرِه شىءٌ مِن النِّثارِ ، فهو له ؛ لأنَّه مُباحٌ حَصَل فى حِجْرِه ، فمَلَكَه ، كما لو وَثَبت سَمَكَةٌ فسَقَطَتْ فى حِجْرِه .

---

(١) المسند ٤/٣٠٧

كما أخرجه البخارى ، فى : باب النهبى بغير إذن صاحبه ، من كتاب المظالم ، وفى : باب ما يكره من المثلة والمصبورة والمجثمة ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ٣/ ١٧٨، ٧/ ١٢٢.

(٢) تقدم تخريجه فى ٢/ ٤٠٢.

(٣) تناهد القوم : أخرجوا ما لديهم من الطعام والشراب .



بابُ عِشْرَةِ النِّساءِ

يجِبُ على كلٍّ واحدٍ مِن الزَّوْجَيْن مُعاشَرَةُ صاحبِه بالمَعْرُوفِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[1] . وقال سبحانه : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾[2] . ويجبُ على كلٍّ واحدٍ منهما بَذْلُ ما يجِبُ لصاحبِه مِن الحَقِّ عليه ، مِن غيرِ مَطْلٍ ، ولا إظْهارِ الكَراهَةِ للبَذْلِ ، ولا إتْباعِه بأذًى ولا مَنٍّ ، وكَفُّ أذاه عن صاحبِه ؛ لأنَّ هذا مِن المُعاشَرَةِ بالمَعْرُوفِ ، [٣٠٠و] ولقولِ النبيِّ ﷺ : « مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ »[3] .

فصل : وإذا تزَوَّج امْرأةً يُوطَأُ مِثْلُها ، فطَلَبَ تَسْلِيمَها إليه ، وَجب ذلك ؛ لأنَّه طَلَب حقَّه المُمْكِنَ ، فإن سألَتِ الإنْظارَ ، أُنْظِرَتْ مُدَّةً جَرَتِ العادَةُ بإصْلاحِ أمْرِها فيها ، كاليَوْمَيْن والثَّلاثَةِ ؛ لأنَّه يَسِيرٌ جَرَتِ العادَةُ بمِثْلِه . وإن كانت لا يُجامَعُ مِثْلُها ؛ لصِغَرٍ ، أو مَرَضٍ يُرْجَى زَوالُه ، لم يَجِبْ تَسْلِيمُها ؛ لأنَّها لا تَصْلُحُ للاسْتِمْتاعِ المُسْتَحَقِّ عليها . وإن كان

---

(١) سورة النساء ١٩.

(٢) سورة البقرة ٢٢٨.

(٣) تقدم تخريجه فى ٣/ ٢٢٧.

لِمَرَضٍ غيرِ مَرْجُوِّ الزَّوالِ، أو لكَوْنِها نِضْوَةَ الخَلْقِ[1]، وَجَب تَسْلِيمُها؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن مثلِها الاسْتِمْتاعُ بغيرِ الجِماعِ، وذلك مُمْكِنٌ فى الحالِ. وكلُّ موضعٍ يجِبُ تَسْلِيمُها إليه إذا طَلَبَها، يلْزَمُه تَسَلُّمُها[2] إذا عُرِضَتْ عليه، وما لا فلا.

فصل: ويجِبُ تَسْلِيمُ الحُرَّةِ ليلًا ونَهارًا؛ لأنَّه لا حَقَّ لغيرِه عليها، وللزَّوْجِ السَّفَرُ بها؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ كان يسافرُ بنسائِه[3]. ويجِبُ تَسْلِيمُ الأمَةِ فى الليلِ دُونَ النَّهارِ؛ لأنَّها مَمْلُوكَةٌ عُقِدَ على أحَدِ مَنْفَعَتَيْها، فلم يَجِبِ التَّسْلِيمُ فى غيرِ وَقْتِها، كالمُسْتَأْجَرَةِ للخِدْمَةِ فى أحَدِ الزَّمانَيْنْ[4].

فصل: وله إجْبارُها على غُسْلِ الحَيْضِ والنِّفاسِ، مسلمةً كانت أو

---

(١) نضوة الخلق: مهزولة.

(٢) فى الأصل، ف: «تسليمها».

(٣) أخرجه البخارى، فى: باب هبة المرأة لغير زوجها ...، من كتاب الهبة، وفى: باب تعديل النساء بعضهن بعضا، من كتاب الشهادات، وفى: باب حمل الرجل امرأته فى الغزو دون بعض نسائه، من كتاب الجهاد، وفى: باب حديث الإفك، من كتاب المغازى، وفى: باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٣/ ٢٠٨، ٢٢٧، ٤/ ٦٠، ٥/ ١٤٨، ١٤٩، ٧/ ٤٣. ومسلم، فى: باب فى فضل عائشة، رضى الله عنها، من كتاب فضائل الصحابة، وفى: باب فى حديث الإفك وقبول توبة القاذف، من كتاب التوبة. صحيح مسلم ٤/ ١٨٩٤، ٢١٣٠. وابن ماجه، فى: باب القسمة بين النساء، من كتاب النكاح، وفى: باب القضاء بالقرعة، من كتاب الأحكام. سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٣، ٢/ ٧٨٦. والدارمى، فى: باب الرجل يكون عنده النسوة، من كتاب النكاح، وفى: باب خروج النبى ﷺ مع بعض نسائه فى الغزو، من كتاب الجهاد. سنن الدارمى ٢/ ١٤٤، ٢١١. والإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ١١٤، ١١٧، ١٩٧، ٢٦٩.

(٤) فى ف: «الروايتين».

ذِمِّيَّةً ؛ لأنَّ إباحَةَ الوَطْءِ يَقِفُ عليه ، وله إجْبارُ المسلمةِ على الغُسْلِ مِن الجَنابَةِ ؛ لأنَّه واجِبٌ عليها . وفى الذِّمِّيَّةِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَمْلِكُ إجْبارَها عليه ؛ لأنَّه لا يَجِبُ عليها ، ولا تَقِفُ إباحَةُ الوَطْءِ عليه . والثانيةُ ، يَمْلِكُ إجْبارَها ؛ لأنَّ كمالَ الاسْتِمْتاعِ يَقِفُ عليه ، لكَوْنِ النَّفْسِ تَعافُ مَن لا يغْتَسِلُ مِن جَنابَةٍ . وفى التَّنَظُّفِ والاسْتِحْدادِ وَجْهان ؛ بِناءً على هاتَيْن الرِّوايَتَيْن . وقال القاضى : له إجْبارُها على الاسْتِحْدادِ إذا طال الشَّعَرُ واسْتَرْسَلَ ، وتَقْلِيمِ الأظْفارِ إذا طالَتْ ، رِوايةً واحدةً .

وهل له مَنْعُها أكْلَ ما يتَأذَّى برائِحَتِه ؟ على وَجْهَيْن ؛ لِما ذَكَرْنا . وله مَنْعُ المسلمةِ مِن كلِّ مُحَرَّمٍ ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى مَنَعها منه . وليس له مَنْعُ الذِّمِّيَّةِ مِن يَسِيرِ الخَمْرِ ؛ لأنَّها لا تَعْتَقِدُ تحْرِيمَه ، وله إجْبارُها على غَسْلِ فِيهَا منه ؛ لأنَّ نَجاسَتَه تَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ به . وله مَنْعُها مِن السُّكْرِ ؛ لأنَّه يجْعَلُها كالزِّقِّ المنْفُوخِ ، ولا يأْمَنُ مِن جِنايَتِها عليه .

فصل : وله مَنْعُها مِن الخُروجِ مِن مَنْزِلِه ، إلَّا لِما لا بُدَّ لها[1] منه ؛ لأنَّ حقَّ الزَّوْجِ واجِبٌ ، فلا يجوزُ تَرْكُه بما ليس بواجِبٍ . وقد رُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ قال : أتَتِ امرأةٌ إلى النبيِّ ﷺ فقالت : يارسولَ اللَّهِ ، ما حَقُّ الزَّوْجِ على زَوْجَتِه ؟ قال : « حَقُّه عَلَيْهَا أن لا تَخْرُجَ إلَّا بِإذْنِه »[2] . ويُكْرَهُ مَنْعُه إيَّاها مِن عِيادَةِ أحَدِ والِدَيْها ، أو شُهودِ جِنازَتِه ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى النُّفورِ ، ويُغْرِيها بالعُقوقِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه ابن عساكر ، فى : تاريخ دمشق ٢٧/ ٣٩٨. عن عبد الله بن عمرو . وبنحوه أخرجه أبو داود الطيالسى ، فى : مسنده ٢٦٣. عن عبد الله بن عُمَرَ .

فصل : وله الاسْتِمْتاعُ بها فى كلِّ وَقْتٍ مِن غيرِ إضْرارٍ بها ، ولا مَنْعِها مِن فَرِيضَةٍ ، وقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « إذَا بَاتَتِ المَرْأَةُ مُهَاجِرَةً فِرَاشَ زَوْجِهَا ، لَعَنَتْهَا المَلَائِكَةُ حَتَّى تَرْجِعَ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] .

ولا يجوزُ وَطْؤُها فى الحَيْضِ ولا فى الدُّبُرِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ ۖ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ ۖ ﴾[2] . ورَوَى خُزَيْمَةُ بنُ ثابتٍ أنَّ النبىَّ ﷺ [٣٠٠ظ] قال : « إنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَحْيِى مِن الحَقِّ ، لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِى أَعْجَازِهِنَّ[3] » . وعن أبى هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ قال : « مَنْ أَتَى حَائِضًا ، أو امْرَأَةً فى دُبُرِها[4] ، فَقَدْ كَفَرَ بِمَا أُنْزِلَ عَلَى مُحَمَّدٍ » . رَواهما الأَثْرَمُ[5] .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٣٩. ومسلم ، فى : باب تحريم امتناعها من فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٩، ١٠٦٠.

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٥٥، ٣٤٨، ٣٨٦، ٤٦٨، ٥١٩، ٥٣٨.

(٢) سورة البقرة ٢٢٢.

(٣) فى الأصل : « أدبارهن » .

(٤) فى ف : « الدبر » .

(٥) الأول أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية إتيان النساء فى أدبارهن ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/ ١١٢. وابن ماجه ، فى : باب النهى عن إتيان النساء فى أدبارهن ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٩. والدارمى ، فى : باب من أتى امرأته فى دبرها ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب النهى عن إتيان النساء فى أعجازهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١/ ٢٦١، ٢/ ١٤٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٨٦، ٥/ ٢١٣.

والثانى أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الكهان ، من كتاب الطب . سنن أبى داود =

ويجوزُ الاسْتِمْتاعُ بها فيما بينَ الأَلْيَتَين ، ووَطْؤُها فى الفَرْجِ مُقْبِلَةً ومُدْبِرَةً ، وكيف شاء ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾[1] . قال جابرٌ : مِن بينِ يدَيْها ومِن خَلْفِها ، غيرَ أن لا يأْتِيَها إلَّا فى المَأْتَى . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

فصل : وإذا أرادَ الجِماعَ ، اسْتُحِبَّ أن يقولَ : باسْمِ اللَّهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطانَ ، وجَنِّبِ الشَّيْطانَ ما رَزَقْتَنا ؛ لِما روَى ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ حِينَ يَأْتِى أَهْلَه قال : باسْمِ اللَّهِ ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ ، وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَارَزَقْتَنَا . فَوُلِدَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، لَمْ يَضُرَّهُ الشَّيْطَانُ أَبَدًا » . مُتَّفَقٌ عليه[3] .

= ٢/ ٣٤١. والترمذى ، فى : الباب السابق . عارضة الاحوذى ١/ ٢١٧. وابن ماجه ، فى الباب السابق . سنن ابن ماجه ١/ ٢٠٩. والدارمى ، فى : باب من أتى امرأته فى دبرها ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١/ ٢٥٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٤٠٨، ٤٢٩، ٤٧٦.

(١) سورة البقرة ٢٢٣.

(٢) هذا اللفظ أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٩٥. والمتفق عليه سبب نزول الآية . وانظر فى سبب نزول الآية صحيح البخارى ٦/ ٣٦. صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٨. سنن أبى داود ١/ ٤٩٩. عارضة الأحوذى ١١/ ١٠٢. سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٠. سنن الدارمى ١/ ٢٥٨، ٢٥٩، ٢/ ١٤٥، ١٤٦.

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب التسمية على كل حال وعند الوقاع ، من كتاب الوضوء ، وفى : باب صفة إبليس وجنوده ، من كتاب بدء الخلق ، وفى : باب ما يقول الرجل إذا أتى أهله ، من كتاب النكاح ، وفى : باب ما يقول إذا أتى أهله ، من كتاب الدعوات ، وفى : باب السؤال بأسماء اللَّه تعالى والاستعاذة بها ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ١/ ٤٨، ٤/ ١٤٩، ٧/ ٢٩، ٣٠، ٨/ ١٠٢، ١٠٣، ٩/ ١٤٦. ومسلم ، فى : باب ما يستحب أن يقوله عند الجماع ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٨.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود =

ويُسْتَحَبُّ التَّسَتُّرُ عندَ المُجَامَعَةِ ؛ لِمَا رَوَى عُتْبَةُ بنُ عبدٍ[1] ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلَهُ ، فَلْيَسْتَتِرْ ، وَلَا يَتَجَرَّدْ[2] تَجَرُّدَ العَيْرَيْنِ[3] » . رَواه ابنُ ماجَه[4] .

ولا يُجامِعُها بحيث يَراهما إنسانٌ ، أو يَسْمَعُ وَجْسَهما[5] .

وإذا فَرَغ قَبْلَها ، كُرِهَ له النَّزْعُ حتى تَفْرُغَ ؛ لِمَا رَوَى أَنَسٌ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ أَهْلَهُ ، فَلْيَصْدُقْها[6] ، ثم إذا قَضَى حَاجَتَه قَبْلَ أَن تَقْضِىَ حَاجَتَهَا ، فَلَا يُعْجِلْهَا حَتَّى تَقْضِىَ حَاجَتَهَا »[7] .

= ١/ ٤٩٨. والترمذى ، فى : باب ما يقول إذا دخل على أهله ، من كتاب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/ ٣١٣. وابن ماجه ، فى : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٨. والدارمى ، فى : باب القول عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢١٧، ٢٢٠، ٢٤٣، ٢٨٣، ٢٨٦.

(١) فى النسخ : « عبيد » . والمثبت كما فى سنن ابن ماجه . وانظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ٧/ ٩٨.

(٢) فى م : « يتجردا » .

(٣) العير – بالفتح – الحمار الوحشى والأهلى أيضا ، والأنثى عيرة .

(٤) فى : باب التستر عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٩. وانظر الكلام عليه ، فى : مصباح الزجاجة ٢/ ٩٥، والإرواء ٧/ ٧١.

(٥) الوجس : الصوت الخفى .

(٦) فى الأصل ، ف : « فليقصدها » .

(٧) بعده فى الأصل : « من المسند » .

والحديث أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ١٩٤. وضعفه فى الإرواء ٧/ ٧١ – ٧٣.

فصل : ويُكْرَهُ العَزْلُ ؛ وهو أن يُنْزِلَ الماءَ (١خارجًا مِن١) الفَرْجِ ؛ لِمَا فيه مِن تَقْلِيلِ النَّسْلِ ، ومَنْعِ المرأةِ مِن كَمالِ اسْتِمْتاعِها ، وليس بمُحَرَّمٍ ؛ لِما روَى أبو سعيدٍ قال : ذُكِرَ - يَعْنِي العَزْلَ - عندَ رسولِ اللَّهِ ﷺ قالَ : « فَلِمَ يَفْعَلُ أَحَدُكُمْ ؟ » - ولم يَقُلْ : فلا يَفْعَلْ - « فَإِنَّه لَيْسَتْ[٢] نَفْسٌ مَخْلُوقَةٌ إِلَّا اللَّهُ[٣] خَالِقُهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[٤] . فإن كان ذلك فى أَمَتِه ، فله ذلك بغيرِ إذْنِها ؛ لأنَّ الاسْتِمْتاعَ بها حقٌّ له دُونَها ، وكذلك (٥أُمُّ الوَلَدِ . وإن كان٥) فى زَوْجَةٍ حُرَّةٍ ، لم يَجُزْ إلَّا بإذْنِها ؛ لِما روَى ابنُ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، قال : نَهَى رسولُ اللَّهِ ﷺ أنْ يُعْزَلَ عن الحُرَّةِ إلَّا بإذْنِها . روَاه الإمامُ أحمدُ[٦] . وإن كانَت أَمَةً ، فقالَ أَصْحابُنَا : لا يَعْزِلُ عنها إلَّا بإذْنِ سَيِّدِها ؛ لأنَّ الوَلَدَ له . والأَوْلَى جَوازُه ؛ لأنَّ تَخْصِيصَ الحُرَّةِ بالاسْتِئْذانِ دليلُ

(١ - ١) فى م : « خارج » .

(٢) فى م : « ليس » .

(٣) فى م : « والله » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ﴿هو اللّه الخالق البارئ المصور﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٩/ ١٤٨. ومسلم ، فى : باب حكم العزل ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٦٣.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى العزل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٥٠٠. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية العزل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٧٥.

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى : المسند ١/ ٣١.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب العزل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٠. وضعفه فى الإرواء ٧/ ٧٠.

سُقُوطِه فى غيرِها ، ولأنَّ السَّيِّدَ لا حَقَّ له فى الوَطْءِ ، فلا يجِبُ اسْتِئْذانُه فى كَيْفِيَّتِه ، ولأنَّ على الزَّوْجِ ضررًا فى رِقِّ[1] وَلَدِه ، بخِلافِ الحُرَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الاسْتِئْذانُ للحُرَّةِ والأمَةِ مُسْتَحَبًّا[2] غيرَ واجِبٍ ؛ لأنَّ حقَّهما فى الوَطْءِ لا فى الإنْزالِ ، بدَليلِ خُروجِه بذلك مِن الفَيْئَةِ والعُنَّةِ[3] .

فصل : وإذا كان له زَوْجَتان ، لم يَجْمَعْ بينَهما فى مَسْكَنٍ واحدٍ إلَّا برِضاهما ؛ لأنَّ عليهما فيه ضَرَرًا ، ويُؤَدِّى إلى الخُصُومَةِ . ولا يَطَأُ إحْداهما بحَضْرَةِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ فيه دَناءَةً ، وسُوءَ عِشْرَةٍ ، وإثارَةً للغَيْرَةِ .

---

(١) فى ف : « إرقاق » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « العفة » .

[٣٠١و] بابُ القَسْمِ

يجِبُ على الرجلِ المَبيتُ عندَ امرأتِه الحُرَّةِ ليلَةً مِن كلِّ أرْبَعٍ، ووَطْؤُها مَرَّةً فى كلِّ أرْبَعَةِ أشْهُرٍ، إذا لم يكنْ عُذْرٌ. وقال القاضِى: لا يجِبُ المَبِيتُ ولا الوَطْءُ ابْتِداءً، إذا لم يَقْصِدِ الإضْرارَ بتَرْكِه؛ لأنَّه حقٌّ له[(١)]، فجاز تَرْكُه، كسُكْنَى الدارِ المُسْتأْجَرَةِ. ولنا، قولُ النبىِّ ﷺ لعبدِ اللَّهِ بنِ عَمْرٍو: «أَلَمْ أُخْبَرْ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهارَ، وتَقُومُ اللَّيْلَ؟». قال: بلى يا رسولَ اللَّهِ. قال: «فَلَا تَفْعَلْ، صُمْ وَأَفْطِرْ، وَقُمْ وَنَمْ، فإِنَّ لِجَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا، وإنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا، وإِنَّ لِزَوْجِكَ عَلَيْكَ حَقًّا». مُتَّفَقٌ عليه[(٢)]. وقال عُمَرُ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، لكَعْبِ بنِ سُورٍ[(٣)]: اقْضِ بينَ هذا وامْرَأتِه. قال:

---

(١) سقط من: م.

(٢) أخرجه البخارى، فى: باب حدثنا على بن عبد اللَّه، من كتاب التهجد، وفى: باب حق الضيف فى الصوم، وباب حق الجسم فى الصوم، من كتاب الصوم، وفى: باب لزوجك عليك حق، من كتاب النكاح، وفى: باب حق الضيف، من كتاب الأدب. صحيح البخارى ٢/ ٦٨، ٣/ ٥١، ٧/ ٤٠، ٤١، ٨/ ٣٨. ومسلم، فى: باب النهى عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا، من كتاب الصيام. صحيح مسلم ٢/ ٨١٢، ٨١٣.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى صوم الدهر تطوعا، من كتاب الصوم. سنن أبى داود ١/ ٥٦٥. والنسائى، فى: باب صوم يوم وإفطار يوم، من كتاب الصيام. المجتبى ٤/ ١٨٠. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ١٩٤، ١٩٨، ١٩٩.

(٣) فى ف: «سوار».

وهو كعب بن سور الأزدى قاضى البصرة، وليها لعمر وعثمان، كان من نبلاء الرجال =

فإنِّى أرَى كأنَّها امْرَأَةٌ عليها ثَلاثُ نِسْوَةٍ هى[1] رابِعَتُهُنَّ ، فأَقْضِى له بثَلاثَةِ أيَّامٍ ولَيالِيهِنَّ يتَعَبَّدُ فِيهِنَّ ، ولها يومٌ وليلةٌ . فقال عُمَرُ : واللَّهِ ما رَأْيُكَ الأوَّلُ بأَعْجَبَ إلىَّ مِن الآخِرِ ، اذْهَبْ فأنت قاضٍ على أهلِ[2] البَصْرَةِ[3] . ولأنَّ الوَطْءَ يجِبُ على المُولِى ، ويُفْسَخُ النِّكاحُ لتَرْكِه ، وما لا يجِبُ على غيرِ الحالفِ لا يجِبُ على الحالِفِ على تَرْكِه ، كسائرِ المُباحاتِ ، وما لَا يجِبُ لا يُفْسَخُ النِّكاحُ لتعَذُّرِه ، كزِيادَةِ النَّفَقَةِ . فإن لم يَفْعَلْ فطلَبَتِ الفُرْقَةَ ، فُرِّقَ بَيْنَهما .

قال أصْحابُنا : وحقُّ الأمَةِ ليْلَةٌ مِن كلِّ سَبْعٍ ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يُمْكِنُه جَمْعُه معها ثَلاثُ حَرائرَ ؛ لَهُنَّ سِتٌّ ، ولها السابعةُ . والصَّحيحُ أنَّ لها ليْلَةً مِن كلِّ[2] ثمانٍ ، نِصْفَ ما للحُرَّةِ ؛ لأنَّ زِيادَتَها على ذلك يُخِلُّ بالتَّنْصِيفِ ، وزِيادَةُ الحُرَّةِ على لَيْلَةٍ[4] مِن أرْبَعٍ زِيادَةٌ على الواجِبِ ، فتَعَيَّنَ ما ذَكَرْنا .

فصل : فإن كانَت له امْرَأتان أو أكْثَرُ ، وَجَب التَّسْوِيَةُ بينَهُنَّ فى القَسْمِ ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مَن كانَت لَهُ

= وعلمائهم ، قتل يوم الجمل ، قام يعظ الناس ويذكرهم ، فجاءه سهمُ غربٍ فقتله . وكانت وقعة الجمل سنة ست وثلاثين . سير أعلام النبلاء ٣/ ٥٢٤، ٥٢٥. الإصابة ٥/٦٤٥ - ٦٤٧.

(١) فى م : « وهى » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه وكيع ، فى : أخبار القضاة ١/ ٢٧٥، ٢٧٦. وبنحوه أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/١٤٨ - ١٥٠. وابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٧/ ٩٢. وصححه فى الإرواء ٧/ ٨٠.

(٤) فى الأصل : « ثلاثة » .

امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا ، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ » . رَواه أبو داودَ[1] . ولأنَّ الجوْرَ يُخِلُّ بالعِشْرَةِ بالمَعْرُوفِ .

وليس له البدايةُ[2] [3]في القَسْمِ بإحْداهما[3] قبلَ[4] الأُخْرَى مِن غيرِ رِضاها ؛ لأنَّه جَوْرٌ ، و[5]يدْعُو إلى النُّفورِ . فإذا أرادَ البدايَةَ[2] بالقَسْمِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهما ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كان يُقْرِعُ بينَ نِسائِه[6] . وإذا بَدَأَ بواحِدَةٍ بقُرْعَةٍ[7] أو غيرِها ، لَزِمَه القَضاءُ للبَواقِي ؛ لأنَّ تَرْكَ القَضاءِ مَيْلٌ .

فصل : ويجِبُ القَسْمُ على المريضِ ، والمَجْبُوبِ[8] ، والمُظاهِرِ ، والمُولِى ، وزَوْجِ المريضةِ ، والمُحْرِمَةِ ، والحائضِ ، والنُّفَساءِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كان يَقْسِمُ فى مرضِه[9] . ولأنَّ القَسْمَ يُرادُ للأُنْسِ والإيواءِ ، وذلك يَحْصُلُ فى هذه

---

(١) فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٢.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فى التسوية بين الضرائر ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٨٠، ٨١. والنسائى ، فى : باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧/ ٦٠. وابن ماجه ، فى : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٣. والدارمى ، فى : باب فى العدل بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٩٥، ٣٤٧، ٤٧١.

(٢) فى م : « البداءة » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « بالقسم بأحدهما » .

(٤) فى م : « دون » .

(٥) سقط من : م .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٨ حاشية ٢.

(٧) فى م : « بقرعته » .

(٨) فى ف : « المجنون » .

(٩) انظر ما يأتى تخريجه فى صفحة ٣٨٩ حاشية ٢.

الأحْوالِ . فأمَّا المجْنُونُ والمجْنُونَةُ ، فإن خِيفَ منهما ، سَقَط القَسْمُ ؛ لأنَّ الأُنْسَ لا يَحْصُلُ منهما ، وإن لم يُخَفْ منهما ، فالمجْنُونَةُ على حقِّها مِن القَسْمِ . ويطُوفُ وَلِيُّ المجْنُونِ به ؛ لأَنَّ الأُنْسَ يَحْصُلُ منهما .

فصل : وإذا سافَرَتْ زوْجَتُه بغيرِ إذْنِه ، سَقَط حقُّها مِن القَسْمِ والنَّفَقَةِ ؛ لأنَّها منَعَتْه القَسْمَ لها بغَيْبَتِها ، وأسْقَطَتْ نفَقَتَها بنُشُوزِها . وإن بَعَثَها أو أمَرَها بالنُّقْلَةِ [٣٠١ظ] مِن بلَدِها ، لم يَسْقُطْ حقُّها مِن نفَقَةٍ ولا قَسْمٍ ؛ لأنَّ ذلك حاصِلٌ بفِعْلِه ، فلم يسْقُطْ حقُّها ، كما لو أتْلَفَ المُشْتَرِى المَبِيعَ ، لم يسْقُطْ ثَمَنُه . وإن سافَرَت بإذْنِه لحاجَتِها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَسْقُطُ[(١)] ؛ لأنَّها سافَرَتْ بإذْنِه ، أشْبَهَ ما لو سافَرَتْ معه . والثانى ، يَسْقُطُ . اخْتارَه الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّ القَسْمَ للأُنْسِ ، والنَّفَقَةُ للتَّمْكِينِ مِن الاسْتِمْتاعِ ، وقد تعَذَّرَ مِن جِهَتِها ، فسَقَطَ ، كثَمَنِ المَبِيعِ إذا تعَذَّرَ تسْليمُه . ويَحْتَمِلُ أن يسْقُطَ قَسْمُها ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّه لو سافَرَ عنها لعُذْرٍ ، سَقَط حقُّها منه ، فإذا سافَرَت هى ، كان أوْلَى . وفى النَّفَقَةِ وَجْهان ؛ لأنَّها لا تسْقُطُ بسَفَرِه .

فصل : وعِمادُ القَسْمِ الليلُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَجَعَلْنَا ٱلَّيْلَ لِبَاسًا ۝١٠ وَجَعَلْنَا ٱلنَّهَارَ مَعَاشًا ﴾[(٢)] . ولأنَّ اللَّيْلَ للسَّكَنِ والإيواءِ ، والنَّهارَ للمَعاشِ والانْتِشارِ ، إلَّا مَن مَعاشُه باللَّيْلِ ، كالحارِسِ ، فعِمادُ قَسْمِه النَّهارُ ؛ لأنَّ نَهارَه كلَيْلِ غيرِه .

---

(١) فى الأصل ، م : « يسقطان » .

(٢) سورة النبأ ١٠ ، ١١ .

وإذا قَسَم للمرأةِ ليلةً ، كان لها ما يَلِيها مِن النَّهارِ تَبَعًا لليلِ ؛ بدَليلِ مارُوِىَ أنَّ سَوْدَةَ وَهَبَتْ يَوْمَها لعائشةَ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وقالَتْ عائشةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها : قُبِضَ رسولُ اللَّهِ ﷺ فى بَيْتِى وفى يَوْمِى[2] .

والأَوْلَى أن يَقْسِمَ بينَ زَوْجاتِه ليلةً وليلةً ؛ اقْتِداءً برسولِ اللَّهِ ﷺ ، ولأنَّه أقْرَبُ إلى التَّسْوِيَةِ فى إيفاءِ الحُقُوقِ ، فإن زاد على ذلك ، لم يَجُزْ إلَّا برِضاهُنَّ ؛ لأنَّه إذا بات عندَ واحدةٍ ، تعَيَّنَتِ اللَّيْلَةُ الثانيةُ للأُخْرَى ، فلم يَجُزْ أن يَبِيتَها عندَ غيرِها بغيرِ رِضاها . فإنِ اتَّفَقَ الجميعُ على القَسْمِ أكثرَ مِن ذلك أو أقَلَّ ، جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لا يَخْرُجُ عَنْهُنَّ . وقال القاضِى : له أن يَقْسِمَ لَيْلَتَين[3] لَيْلَتَيْن ، وثَلاثًا ثلاثًا ؛ لأنَّه يَسِيرٌ ، ولا تجوزُ الزِّيادَةُ عليه إلَّا برِضَاهُنَّ .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٤٣. ومسلم ، فى : باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٥.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٢، ٤٩٣. وابن ماجه ، فى : باب المرأة تهب يومها لصاحبتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ١١٧.

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ...، من كتاب الخمس ، وفى : باب فضل عائشة ، رضى اللَّه عنها ، من كتاب فضائل أصحاب النبى ﷺ ...، وفى : باب إذا استأذن الرجل نساءه فى أن يمرض فى بيت بعضهن ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٤/ ٩٩، ٥/ ٣٧، ٧/ ٤٤. ومسلم ، فى : باب فى فضل عائشة ، رضى اللَّه عنها ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ٤/ ١٨٩٣. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٨، ١٢١، ٢٠٠، ٢٧٤.

(٣) بعده فى الأصل : « و » .

فإن قَسَم لإحْداهما ، ثم طلَّقَ الأُخْرَى قبلَ قَسْمِها ، أَثِمَ ؛ لأنَّه فَوَّتَ حقَّها الواجِبَ لها ، فإن عادَت بعدَ ذلك إليه ، لَزِمَه أن يَقْضِيَ لها ؛ لأنَّه قَدَر على إيفائِه بعدَ العَجْزِ عنه ، فلَزِمَه ، كالدَّيْنِ إذا أعْسَرَ به ثم أيْسَرَ .

وإن نشَزَتْ إحْداهُنَّ فى لَيْلَتِها ، و[1] أغْلَقَتْ بابَها دونَه ، أو ادَّعَتْ طَلاقَه ، سَقَط حقُّها مِن القَسْمِ . فإن طاوَعَت ، اسْتَأْنفَ القَسْمَ بينَهما ، ولم يَقْضِ لها ؛ لأنها أسْقَطَتْ حقَّ نفسِها .

فصل : والأَوْلَى أن يَطُوفَ على نسائِه فى مَنازِلِهِنَّ ؛ اقْتِداءً برسولِ اللَّهِ ﷺ ، ولأنَّه أحْسَنُ فى العِشْرَةِ ، وأصْوَنُ لَهُنَّ . وله أن يُقِيمَ فى مَوْضِعٍ واحِدٍ ، ويَسْتَدْعِيَ واحدةً واحدةً ، وله أن يأْتِيَ واحدةً ويَسْتَدْعِيَ واحدةً ؛ لأنَّ المرأةَ تابِعَةٌ للزَّوْجِ فى المكانِ ، ولذلك مَلَكَ نَقْلَها إلى حيث شاء . وإن حُبِسَ فى مَوْضِعٍ يُمْكِنُ حُضورُها معه ، وهو مَسْكَنُ مثلِها ، فهى على حقِّها مِن القَسْمِ ، وإن لم يكنْ مَسْكَنَ مثلِها ، لم يَلْزَمْها إجابَتُه ؛ لأنَّ عليها ضَرَرًا .

وإن كانت له امْرَأتان فى بلَدَيْن ، فعليه العَدْلُ بَيْنَهما ؛ لأنَّه حقٌّ لهما[2] ، فلا يَسْقُطُ بتَباعُدِهما ، كالنَّفَقَةِ . فإنِ امْتنَعَتْ إحْداهما مِن النُّقْلَةِ بعدَ طلَبِه لها ، سَقَط حقُّها . وإن أقام فى بَلَدِ إحْداهما ، ولم يُقِمْ معها فى المَنْزِلِ ، لم يَلْزَمْه القَضاءُ ؛ لأنَّه لم يَقْسِمْ لها ، وإن أقامَ عندَها ، لَزِمَه القَضاءُ للأُخْرَى .

---

(١) فى ف : « أو » .

(٢) فى الأصل : « لها » .

فصل : يُسْتَحَبُّ التَّسْوِيَةُ بينَ الزَّوْجاتِ فى الاسْتِمْتاعِ ؛ [٣٠٢و] لأنَّه أكْمَلُ ، ولا يجِبُ ذلك ؛ لأنَّ الدَّاعِىَ إليه الشَّهْوَةُ والمَحَبَّةُ ، ولا سَبِيلَ إلى التَّسْوِيَةِ فيه ، قال اللَّهُ تعالى : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾[(١)] . قال ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما : فى الحُبِّ والجِماعِ[(٢)] . وقالَت عائشَةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها : كان رسولُ اللَّهِ ﷺ يَقْسِمُ بينَ نِسائِه ويَعْدِلُ ، ثم يقولُ : « اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِى فِيمَا أَمْلِكُ ، فَلَا تَلُمْنِى فِيمَا [(٣)] تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ[(٣)] » . رَواه التِّرْمِذِىُّ ، وابنُ ماجه[(٤)] .

فصل : وإن خَرَج فى ليلةِ إحْداهُنَّ ولم يَلْبَثْ أن عاد ، لم يَقْضِ لها ؛ لأنَّه لا فائدةَ فى قَضائِه ، وإن أقامَ قَضَى لها ، سَواءٌ كانت إقامَتُه لعُذْرٍ أو لغيرِ عُذْرٍ ؛ لأنَّ حقَّها فات بغَيْبَتِه عنها . ويُسْتَحَبُّ أن يَقْضِىَ لها فى مثلِ الوَقْتِ الذى خَرَج فيه ؛ لأنَّه أقْرَبُ إلى المُماثَلَةِ . وإن قَضاه فى غيرِه مِن الليلِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ ؛ لعَدَمِ المُماثَلَةِ . والثانى ، يجوزُ ؛

---

(١) سورة النساء ١٢٩.

(٢) أخرجه ابن جرير ، فى : تفسيره ٥/ ٣١٤.

(٣ - ٣) فى الأصل : « تملكه ولا أملكه » .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب التسوية بين الضرائر ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٧٩، ٨٠. وابن ماجه ، فى : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٢. والنسائى ، فى : باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧/ ٦٠، ٦١. والدارمى ، فى : باب فى العدل بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ١٤٤.

لأنَّه قَضَى فى الوَقْتِ الذى هو المَقْصُودُ فى القَسْمِ. وله الخُروجُ فى النَّهارِ كيف شاء؛ لأنَّ النَّهارَ للمَعاشِ والانْتِشارِ.

وإن دَخَل على ضَرَّتِها فى لَيْلَتِها، ولم يَلْبَثْ أن خَرَج، لم يَقْضِ؛ لعدمِ الفائدَةِ فى قَضائِه. فإن جامَعَها فيه، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا يَقْضِى أيضًا؛ لأنَّ الزَّمَنَ اليَسِيرَ لا يُقْضَى، والوَطْءُ لا يُسْتَحَقُّ فى القَسْمِ. والثانى، عليه القَضاءُ، وهو أن يَدْخُلَ على صاحِبَةِ القَسْمِ فى لَيْلَةِ الأُخْرَى فيَطَأَها، ليَعْدِلَ بينَهما. وإن أطالَ المُقامَ عندَ الضَّرَّةِ، قَضاه مِن ليلةِ المَدْخُولِ عليها بكلِّ حالٍ. فأمَّا الدُّخُولُ على غيرِها فى يومِها، فيجوزُ للحاجَةِ، مِن غيرِ أن يُطِيلَ ولا يُجامِعَ. وهل له أن يَسْتَمْتِعَ منها[(١)] فيما دُونَ الفَرْجِ؟ فيه وَجْهان؛ أحدُهما، يجوزُ؛ لِما رَوَتْ عائشةُ قالت: كان رسولُ اللَّهِ ﷺ يدْخُلُ عَلَىَّ فى يومِ غيرِى ويَنالُ مِنِّى كلَّ شىءٍ إلَّا الجماعَ[(٢)]. والثانى، لا يجوزُ؛ لأنَّه يحْصُلُ به السَّكَنُ، أشْبَهَ الجِماعَ. وإن أطالَ، قَضاه للأُخْرَى. وإن جامَعَ، ففيه وَجْهان، كما ذَكَرْنا فى اللَّيْلِ.

فصل: والكِتابِيَّةُ كالمسلمةِ فى القَسْمِ؛ لأنَّه مِن حُقُوقِ النِّكاحِ، فاسْتَوَيَا فيه، كالنَّفَقَةِ والسُّكْنَى.

فإن كانت إحْداهما حُرَّةً والأُخْرَى أمَةً، فللحُرَّةِ لَيْلَتانِ، وللأمَةِ ليلةٌ؛ لِما رُوِىَ عن علىٍّ أنَّه كان يقولُ: إذا تزَوَّجَ الحُرَّةَ على الأمَةِ، قَسَم للأمَةِ

---

(١) فى الأصل: «بها».

(٢) أخرج أبو داود نحوه، فى: باب القسم بين النساء، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١/ ٤٩٢. وحسنه فى الإرواء ٧/ ٨٥، ٨٧.

ليلةً ، وللحُرَّةِ ليلَتَيْن . أخْرَجَه الدَّارَقُطْنِيُّ[(١)] . واحْتَجَّ به أحمدُ . فإنْ أُعْتِقَتِ الأمَةُ فى مُدَّتِها أو قبلَها ، أضاف إلى ليْلَتِها أُخْرَى ؛ لأنَّها صارَت حُرَّةً ، فيَجِبُ التَّسْوِيَةُ بينَهما . وإن عَتَقَت[(٢)] بعدَ مُدَّتِها[(٣)] ، اسْتَأْنَفَ القَسْمَ مُتَساوِيًا ، ولم يَقْضِ لها .

فصل : إذا كان له أرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فنَشَزَت إحْداهُنَّ ، وظَلَم أُخْرَى فلم يَقْسِمْ لها ، وقَسَم للاثْنَتَيْنِ ثلاثِينَ ليلةً ، ثم أطاعَتْه الناشِزُ ، وأرادَ القَضاءَ للمَظْلُومَةِ ، فإنَّه يَقْسِمُ لها ثلاثًا ، وللناشِزِ ليلةً ، خَمْسَةَ أدْوَارٍ ، فيَكْمُلُ للمَظْلُومَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ ، ويحْصُلُ للناشِزِ خَمْسٌ ، فتَحْصُلُ التَّسْوِيَةُ . فإن كان له ثلاثُ نِسْوَةٍ ، فظَلَم إحْداهُنَّ ، وقَسَم بينَ الباقِيَتَيْن ثلاثِينَ ليلةً ، ثم تزَوَّجَ جديدةً ، وأراد القَضاءَ ، فإنَّه يَبْدَأُ فيُوَفِّى الجديدةَ حقَّ العَقْدِ ، ثم يَقْسِمُ بَيْنَهما[(٤)] وبينَ المَظْلُومَةِ خَمْسَةَ أدْوارٍ ، كما ذكَرْنا فى التى قبلَها سَواءً .

فصل : ولا قَسْمَ عليه فى مِلْكِ اليَمِينِ ، فإذا كانَتْ له زَوْجاتٌ وإماءٌ ، فله الدُّخُولُ على الإمَاءِ كيف شاء ، والاسْتِمْتاعُ بِهِنَّ ؛ لأنَّ الأمَةَ لا حَقَّ لها فى الاسْتِمْتاعِ ، ولذلك لم تَمْلِكِ المُطالبَةَ فى الإيلاءِ .

---

(١) فى : سننه ٣/ ٢٨٥.

كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/ ٢٦٥. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ١٥٠. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢٩٩. وضعفه فى الإرواء ٧/ ٨٦، ٨٧.

(٢) فى م : « أعتقت » .

(٣) فى الأصل : « موتها » .

(٤) فى ف : « بينها » .

[٣٠٢ظ] **فصل**: وللمرأةِ أن تَهَب حقَّها مِن القَسْمِ لزَوْجِها، فيَجْعَلَه لِمَن شاء مِن زَوْجاتِه، ولبَعْضِ ضَرائِرِها، أو لَهُنَّ جميعًا، إذا رَضِىَ الزَّوْجُ؛ لأنَّ حقَّه فى الاسْتِمْتاعِ بها لا يسْقُطُ إلَّا برِضاه، فإذا رَضِىَ[1]، جاز؛ لِما رَوَتْ عائشةُ أنَّ سَوْدَةَ وَهَبَت يومَها لعائشةَ، فكان رسولُ اللَّهِ ﷺ يَقْسِمُ لعائشةَ يَوْمَها ويومَ سَوْدَةَ. مُتَّفَقٌ عليه[2]. ويجوزُ ذلك فى بعضِ الزَّمانِ؛ لِما رَوَتْ عائشةُ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ وَجَد على صَفِيَّةَ بِنْتِ حُيَىٍّ فى شىءٍ، فقالت لعائشةَ: هل لكِ أن تُرْضِى عَنِّى رسولَ اللَّهِ ﷺ ولكِ يَوْمِى؟ قالَتْ: [3]نعم. فأخَذَتْ خِمارًا مَصْبُوغًا بزَعْفَرانٍ، فرَشَّتْه بالماءِ ليَفُوحَ رِيحُه، ثم[3] قَعَدَتْ إلى جَنْبِ النبىِّ ﷺ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «إلَيْكِ يَا عَائِشَةُ، إنَّهُ لَيْسَ يَوْمَكِ». قالت: ذلك فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيه مَن يَشاءُ. فأخْبرَتْه بالأمْرِ، فرَضِىَ عنها. رَواه ابنُ ماجه[4]. ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَوْهُوبَةِ؛ لأنَّ حقَّه عليها عامٌّ، وإنَّما مَنَعَه المُزاحَمَةُ التى زَالَت بالهِبَةِ. ثم إن كانت ليلةُ الوَاهِبَةِ لا تلى ليلةَ المَوْهوبةِ، لم تَجُزِ المُوالَاةُ بينَهما؛ لأنَّ المَوْهُوبَةَ قائمةٌ مَقامَ الواهِبَةِ، فلم يَجُزْ تَغْيِيرُها عن مَوْضِعِها[5]، كما لو كانَتِ الواهِبَةُ باقِيَةً. ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ؛ لعَدَمِ الفائدةِ فى التَّفْرِيقِ. وللواهِبَةِ الرُّجُوعُ فى

---

(١) فى ف: «رضيتا».

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٩.

(٣ - ٣) زيادة من: م.

(٤) فى: باب المرأة تهب يومها لصاحبتها، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/ ٦٣٤.
كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٩٥، ١٤٥.

(٥) فى الأصل: «مواضعها».

هِبَتِها فى المُسْتَقْبَلِ ؛ لأنَّه لم يُقْبَضْ ، وما مَضَى فقد اتَّصَلَ به القَبْضُ ، فلا حَقَّ لها فيه .

وإن بَذَلَت ليْلَتَها بمالٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها ليست مالًا ، ولا مَنْفَعَةً يُسْتَحَقُّ بها المالُ . وإن كان العِوَضُ غيرَ المالِ ، كإرْضاءِ زَوْجِها ونحوِ ذلك ، جاز ؛ لحديثِ عائشةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها .

فصل : والحَقُّ فى قَسْمِ الأَمَةِ لها دونَ سيِّدِها ، فلها هِبَةُ ليلتِها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، ولها المُطالَبَةُ بها ؛ لأنَّ الإيواءَ والسُّكْنَى حَقٌّ لها ، فمَلَكَتْ إسْقاطَه والمُطالَبَةَ به ، كالحُرَّةِ .

فصل : وإن تزَوَّجَ صاحِبُ النَّشْوَةِ امرأةً جديدةً ، قَطَع الدَّوْرَ لحَقِّ الجديدةِ ؛ فإن كانت بِكْرًا ، أقام عندَها سَبْعًا ، وإن كانت ثَيِّبًا ، أقامَ عندَها ثلاثًا ، ثم دارَ ؛ لِما روَى أبو قِلابَةَ عن أنَسٍ قال : مِن السُّنَّةِ إذا تزَوَّجَ البِكْرَ على الثَّيِّبِ أقامَ عندَها سَبْعًا ، وإذا تزَوَّجَ الثَّيِّبَ ، أقامَ عندَها ثلاثًا ، ثم قَسَم . قال أبو قِلابَةَ : لو شِئْتُ لَقُلْتُ : إنَّ أنَسًا رفَعَه إلى النبيِّ ﷺ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وإن أحَبَّتِ الثَّيِّبُ أن يُقِيمَ عندَها سَبْعًا ، فَعَل ، ثم قَضَى جَمِيعَها

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا تزوج البكر على الثيب ، وباب إذا تزوج الثيب على البكر ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٤٣. ومسلم ، فى : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٤.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٠. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القسمة للبكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٧٧، ٧٨. وابن ماجه ، فى : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦١٧. والدارمى ، فى : باب الإقامة عند الثيب البكر إذا بنى بها ، من كتاب =

للبَواقى ؛ لِما رَوَت أُمُّ سَلَمَةَ أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ لمَّا تزَوَّجها أقام عندَها ثَلاثًا ، وقال : « إن شِئْتِ سَبَّعْتُ لَكِ ، وإن سَبَّعْتُ لكِ ، سَبَّعْتُ لِنسَائى » . رَواه مسلمٌ[1] . وفى لَفْظٍ[2] : « وإن شِئْتِ ثَلَّثْتُ ثُمَّ دُرْتُ » .

والأَحْرارُ والرَّقيقُ سَواءٌ فى هذا ؛ لأنَّه للإيناسِ وإزالَةِ الاحْتِشَامِ ، فاسْتَوَيْنَ فيه ، لاسْتِوائِهِنَّ فى الحاجَةِ إليه ، كالنَّفَقَةِ .

فصل : يُكْرَهُ أن يَزُفَّ امْرَأتَيْن فى ليلةٍ واحِدَةٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ الجمعُ بينَهما فى إيفاءِ حقِّهما ، وتَسْتَضِرُّ التى يُؤَخِّرُ حقَّها وتَسْتَوْحِشُ ، فإن فَعَل ، بَدَأَ بالتى تُدْخَلُ عليه أوَّلًا فوَفَّاها حقَّها ؛ لأنَّها أسْبَقُ ، فإن أُدْخِلَتَا عليه معًا ، أقْرَعَ بينَهما ، فقدَّمَ مَن تَخْرُجُ لها القُرْعَةُ ، ثم ثَنَّى بصاحِبَتِها ، ثم قَسَم [٣٠٣و] بعدَ ذلك .

فصل : وإذا أراد السَّفَرَ بجميعِ نِسائِه ، قَسَم لَهُنَّ كما يَقْسِمُ فى

= النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٤ . والإمام مالك ، فى : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٣٠ .

(١) فى : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٩٠ . وابن ماجه ، فى : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٧١ . والدارمى ، فى : باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بهما ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٤ . والإمام مالك ، فى : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٢٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٩٢ ، ٢٩٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٢) عند مسلم ومالك فى الموضع السابق .

الحَضَرِ . وإن أرادَ السَّفَرَ ببَعْضِهِنَّ ، لم يُسافِرْ بهِنَّ إلَّا بقُرْعَةٍ ؛ لِما رَوَت عائشةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ كان إذا أراد سفَرًا ، أقْرَعَ بينَ نِسائِه ، وأيَّتُهُنَّ خَرَج سَهْمُها ، خَرَج بها معه . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولا يلْزَمُه القَضاءُ للحاضِراتِ ؛ لأنَّ عائشةَ لم تَذْكُرْ قَضاءً ، ولأنَّ المُسافِرَةَ اخْتَصَّتْ بمَشَقَّةِ السَّفَرِ ، فاخْتَصَّتْ بالقَسْمِ . والسَّفَرُ الطويلُ والقَصِيرُ سَواءٌ فى هذا ؛ لعُمومِ الخَبَرِ والمَعْنَى .

وإن سافَرَ بإحْداهُنَّ بغيرِ قُرْعَةٍ ، أَثِمَ ، وقَضَى للبَواقِى ؛ لأنَّه خَصَّها مُدَّةً على وَجْهٍ تلْحَقُه التُّهْمَةُ ، فلَزِمَه القضاءُ ، كالحاضِرِ[2] . فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ لإحْداهُنَّ ، فامْتَنَعَتْ مِن السَّفَرِ معه ، سقَطَ حقُّها ؛ لامْتِناعِها . وإن آثَرَتْ أُخْرَى به ، جاز إذا رَضِىَ الزوجُ ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، أَشْبَهَ لَيْلَتَها فى الحَضَرِ ، وإن أحَبَّ تَرْكَها والسَّفَرَ وحدَه ، جاز ؛ لأنَّ القُرْعَةَ لا تُوجِبُ ، وإنَّما تُعَيِّنُ مُسْتَحِقَّ التقديمِ . وإن سافَرَ بها بقُرْعَةٍ ، ثم بدَا له فأَبْعَدَ السَّفَرَ ، فله اسْتِصْحابُها معه ؛ لأنَّه سفَرٌ واحِدٌ . وإن أقامَ فى بَلْدَةٍ مُدَّةً يلْزَمُه فيها إتْمامُ الصَّلاةِ ، قَضَى ذلك ، فإذا خَرَج مُسافِرًا ، لم يَقْضِ ما سافَرَه ؛ لأنَّه سفَرٌ واحدٌ قد أَقْرَعَ له .

وإن كانت عندَه امْرَأتانِ ، فتزَوَّجَ امْرَأتَين ، ثم أرادَ سفَرًا ، أقْرَعَ بينَ الكلِّ ، فإن وَقَعَتِ القُرْعَةُ لإحْدَى الأُولَيَيْن ، سافَرَ بها ، فإذا قَدِم ، قَضَى

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٨.

(٢) فى ف : « كالحاضرة ».

حقَّ العَقْدِ (١) للجَدِيدَتَيْنِ، ثم دارَ. وإن وقَعَتْ للجَدِيدَةِ، سافَرَ بها، ودَخَل حقُّ العَقْدِ فى قَسْمِ السَّفَرِ، فإذا قَدِم، قَضَى حقَّ العَقْدِ (١) للأُخْرَى، ثم دار؛ لأَنَّه حَقٌّ وَجَبَ عليه قبلَ سفَرِه. ويَحْتَمِلُ أن لا يَقْضِيَ لها؛ لأَنَّ الإيواءَ فى الحَضَرِ أكْثَرُ منه فى السَّفَرِ، فيَحْصُلُ تفْضِيلُها على التى سافَرَ بها. ويَحْتَمِلُ أن يُقِيمَ عندَ الأُخْرَى لقَضاءِ حقِّ العَقْدِ؛ (١) لأَنَّه حَقٌّ وَجَب بالعَقْدِ (١)، ولم يُوجَدْ له مُسْقِطٌ، فيَجِبُ قَضاؤُه، ثم يُقِيمُ مثلَه عندَ التى سافَرَ بها؛ لِئَلَّا يُفَضِّلَ الحاضِرَةَ عليها، فإنَّ العَدْلَ يحْصُلُ بهذا، فيكونُ أَوْلَى مِن إسْقاطِ حَقِّ العَقْدِ بغيرِ مُسْقِطٍ، وإن قَدِم مِن سفرِه قبلَ إتْمامِ حقِّ العَقْدِ للتى معه، أَتَمَّه فى الحَضَرِ.

(١ - ١) سقط من: الأصل.

بابُ النُّشوزِ

وهو نَوْعان؛ أحدُهما، نُشوزُ المرأةِ، وهو مَعْصِيَتُها زَوْجَها فيما يَجِبُ له عليها مِن حُقُوقِ النِّكاحِ، فمتى ظَهَر منها أماراتُ النُّشوزِ؛ مثلَ أن يَدْعُوَها فلا تُجِيبَه، أو تُجِيبَه مُتَكَرِّهَةً مُتَبَرِّمَةً، وَعَظها وخَوَّفَها اللَّهَ سبحانه وتعالى، وما يَلْحَقُها مِن الإثْمِ والضَّرَرِ بنُشوزِها؛ مِن سُقُوطِ نفقَتِها وقَسْمِها، وإباحَةِ ضَرْبِها وأذاها؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[1]. ولا يَجُوزُ ضَرْبُها؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ ذلك لعُذْرٍ، أو ضِيقِ صَدْرٍ مِن غيرِ الزَّوْجِ، فإن أَظْهَرتِ النُّشُوزَ، فله هَجْرُها فى المَضاجِعِ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ﴾[1]. قال ابنُ عَبّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنه: لا تُضَاجِعْها فى فِراشِكَ[2]. فأمّا الهِجْرانُ فى الكلامِ، فلا يجوزُ أكْثَرَ مِن ثلاثَةِ أيَّامٍ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لمسلمٍ أن يَهْجُرَ أَخَاه فَوْقَ ثَلَاثَةِ أيَّامٍ». [3]أو قال: «ثَلَاثِ لَيالٍ». مُتَّفَقٌ عليه[3].

---

(١) سورة النساء ٣٤.

(٢) أخرجه ابن أبى حاتم. انظر الدر المنثور ٢/ ١٥٥.

(٣ - ٣) سقط من: ف.

والحديث أخرجه البخارى، فى: باب الهجرة وقول رسول اللَّه ﷺ: لا يحل لرجل أن يهجر أخاه، من كتاب الأدب، وباب السلام للمعرفة، من كتاب الاستئذان. صحيح البخارى ٨/ ٢٤- ٢٦، ٦٥. ومسلم، فى: باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعى، من كتاب =

فإن رَدَعها ذلك، وإلَّا فله ضَرْبُها؛ لقولِه سبحانه وتعالى: ﴿ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾[1]. وقال النبيُّ ﷺ: «إنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أنْ لا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ فَعَلْنَ، فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ». رَواه مسلمٌ[2]. ولا يُبَرِّحُ [٣٠٣ظ] بالضَّرْبِ؛ للخَبَرِ. قال ثَعْلَبٌ: «غيرَ مُبَرِّحٍ». أى غيرَ شَديدٍ. وعليه اجْتِنابُ المواضِعِ المَخُوفَةِ والمُسْتَحْسَنَةِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ التأْدِيبُ لا الإتْلافُ والتَّشْوِيهُ. وهل له ضَرْبُها بأَوَّلِ النُّشُوزِ؟ فعنه، له ذلك؛ للآيَةِ والخَبَرِ، ولأنَّها صَرَّحَتْ بالمَعْصِيَةِ، فكان له ضَرْبُها، كالمُصِرَّةِ. وظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ أنَّه ليس له ضَرْبُها؛ لأنَّ المَقْصُودَ بهذه العُقُوباتِ زَجْرُها عن المَعْصِيَةِ فى المُسْتَقْبَلِ، فيَبْدَأُ بالأَسْهَلِ فالأَسْهَلِ، كإخْراجِ مَن هُجِم[3] مَنْزِلُه، ولأنَّها عُقُوباتٌ على جَرائِمَ، فاخْتَلَفَت باخْتِلافِها، كعُقُوباتِ المُحارِبين.

= البر والصلة. صحيح مسلم ٤/ ١٩٨٤.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب من يهجر أخاه المسلم، من كتاب الأدب. سنن أبى داود ٢/ ٥٧٧. والترمذى، فى: باب ما جاء فى كراهية الهجر للمسلم، من أبواب البر والصلة. عارضة الأحوذى ٨/ ١١٨. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى المهاجرة، من كتاب حسن الخلق. الموطأ ٢/ ٩٠٦، ٩٠٧. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/ ١١٠، ١٦٥، ١٩٩، ٢٢٥، ٥/ ٤١٦، ٤٢١، ٤٢٢.

(١) سورة النساء ٣٤.

(٢) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل فى ٢/ ٣٢١. ويضاف إليه فيما يخص هذا اللفظ: وأخرجه الترمذى، فى: باب ما جاء فى حق المرأة على زوجها، من أبواب الرضاع. عارضة الأحوذى ٥/ ١١١. وابن ماجه، فى: باب حق المرأة على الزوج، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٤. والإمام أحمد، فى: المسند ٥/ ٧٣.

(٣) بعده فى م: «على».

فصل: النَّوْعُ الثانِى، نُشُوزُ الرجلِ عن زَوْجَتِه[1]؛ وهو إعْراضُه عنها لرَغْبَتِه عنها، لمَرَضِها، أو كِبَرِها[2]، أو غيرِهما، فلا بَأْسَ أن تَضَعَ عنه بَعْضَ حُقُوقِها[3] تَسْتَرْضِيه بذلك؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾[4]. قالت عائشةُ، رَضِىَ اللَّهُ عنها: هى المرأةُ تكونُ عندَ الرجلِ لا يَسْتَكْثِرُ منها، فيُرِيدُ طَلاقَها، ويتَزَوَّجُ عليها، تقولُ له: أمْسِكْنِى، ولا تُطَلِّقْنِى، وأنت فى حِلٍّ مِن النَّفَقَةِ علىَّ، والقِسْمَةِ لِى. رَواه البُخارِىُّ[5].
وقالت عائشةُ: إنَّ سَوْدَةَ حينَ[6] أَسَنَّتْ وفَرِقَتْ أنْ يُفارِقَها رسولُ اللَّهِ

---

(١) فى م: «امرأته».
(٢) فى الأصل: «كبر».
(٣) فى م: «حقها».
(٤) سورة النساء ١٢٨.
وفى الأصل: «يَصَّالحَا». وهذه القراءة موافقة لرواية البخارى، وهى قراءة نافع وابن كثير وأبى عمرو وابن عامر، والمثبت كما فى ف، م، وهو قراءة عاصم وحمزة والكسائى. انظر السبعة فى القراءات، لابن مجاهد ٢٣٨.
(٥) فى: باب إذا حلله من ظلمه فلا رجوع فيه، من كتاب المظالم، وفى: باب قول اللَّه تعالى: ﴿أن يصَّالَحا بينهما صلحا ..﴾، من كتاب الصلح، وفى: باب: ﴿وأحضرت الأنفس الشح﴾، من تفسير سورة النساء، ، من كتاب التفسير، وفى باب: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزًا أو إعراضًا﴾، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ٣/ ١٧٠، ٢٤٠، ٦/ ٦٢، ٧/ ٤٢.
كما أخرجه مسلم، فى: كتاب التفسير. صحيح مسلم ٢٣١٦/٤. والنسائى، فى: باب قوله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزًا أو إعراضًا﴾، من كتاب التفسير. السنن الكبرى ٦/ ٣٢٩.
(٦) فى م: «لما».

ﷺ، قالت : يا رسولَ اللَّهِ، يَوْمِى لعائشةَ. فقَبِلَ ذلك منها، ففى تلك وأشْباهِها أُراه أنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾. رَواه أبو داودَ[1]. ومتى صالحَتْه على شىءٍ مِن حَقِّها، ثم أرادَتِ الرُّجُوعَ، فلها ذلك. قال أحمدُ فى الرجلِ يَغِيبُ عن زَوْجَتِه فيقولُ لها: إن رَضِيتِ على هذا، وإلَّا فأنتِ أعْلَمُ. فتقولُ: قد رَضِيتُ: فهو جائزٌ، وإن شاءَت رَجَعَت.

فصل: وإذا ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما ظُلْمَ صاحبِه وعُدْوانَه[2]، أسْكَنَهما الحاكِمُ إلى جانِبِ ثِقَةٍ يَطَّلِعُ عليهما، ويُلْزِمُهما الإنْصافَ. فإن لم يُمْكِنْ إنْصافُ أحَدِهما مِن صاحبِه، وخِيفَ الشِّقاقُ بَيْنَهما، بَعَث الحاكِمُ حَكَمًا مِن أهْلِه وحَكَمًا مِن أهْلِها، ليَفْعَلَا ما يَرَيان[3] المَصْلَحَةَ فيه؛ مِن التَّفْرِيقِ بعِوَضٍ أو غيرِه، أو الإصْلاحِ بتَرْكِ بعضِ الحُقُوقِ أو غيرِه؛ لقولِه تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَـٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾[4].

ويجوزُ أن يكونَ الحَكَمانِ أجْنَبِيَّيْن؛ لأنَّهما إمَّا وَكِيلان أو حَكَمانِ، وأيَّ ذلك كان، فلا يُشْتَرَطُ له القَرابَةُ. والأَوْلَى جَعْلُهما مِن أهْلِهما[5]؛

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٩.

(٢) فى ف: «عدواته».

(٣) فى م: «رأيا».

(٤) سورة النساء ٣٥.

(٥) فى الأصل: «أهلها».

للآيَةِ ، ولأَنَّهما أعْرَفُ بالحالِ وأشْفَقُ . ويَجِبُ أن يكونا ذَكَرَيْن عَدْلَيْن ؛ لأنَّهما إن كانا وَكِيلَيْن ، فهما يَحْتاجانِ إلى الرَّأْيِ في النَّظَرِ والتَّفْرِيقِ ، ولا يَكْمُلُ[1] بدُونِ هذَيْن الوَصْفَيْن . وإن كانا حَكَمَيْن ، فهذا شَرْطٌ فيه .

واخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فيهما ، فرُوِىَ أنَّهما حَكَمان ؛ لتَسْمِيَةِ اللَّهِ تعالى إيَّاهما بذلك . فعلى هذا ، لهما فِعْلُ ما رَأَياه بغيرِ رِضا الزَّوْجَيْنِ ؛ لأنَّ الحاكِمَ يحْكُمُ بما يَراه مِن غيرِ رِضا الخَصْمِ . ورُوِىَ أنَّهما وَكِيلانِ لا يَمْلِكانِ التفريقَ ، ولا إسْقاطَ شىءٍ مِن الحُقوقِ إلَّا بتَوْكِيلِهما و[2] رِضاهما ؛ لأنَّ الطَّلاقَ إلى الزَّوْجِ ، وبَذْلَ المالِ إلى الزَّوْجَةِ ، فلم يَجُزْ إلَّا بإذْنِهما .

ومتى كانا حَكَمَيْن ، اشْتُرِطَ كَوْنُهما فَقِيهَيْن حُرَّيْن ؛ [3]لأنَّ ذلك[3] مِن شَرائطِ الحُكْمِ ، وإن كانا وَكِيلَيْن ، جاز أن يكونا عامِّيَّيْن أو عَبْدَيْن ؛ لأنَّ تَوْكِيلَهما جائزٌ . وقال القاضى : لا يجوزُ أن يكونا عَبْدَيْن ؛ لأنَّهما ناقِصان .

فإن غاب الزَّوْجان ، نَفَذ تَصَرُّفُ الحَكَمَيْن فى حقِّهما ، إن قلنا : هما وَكِيلانِ . كما يَنْفُذُ تصَرُّفُ الوكيلِ فى غَيْبَةِ المُوَكِّلِ . وإن قُلنا : هما حَكَمان . لم يَنْفُذْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له الحُكْمُ [٣٠٤و] للغائبِ ، وكلُّ واحِدٍ منهما مَحْكُومٌ له وعليه . وإن جُنَّا ، لم يَنْفُذْ تَصَرُّفُ الحَكَمَين بحالٍ ؛ لأَنَّ الوَكالَةَ تَبْطُلُ بجُنُونِ المُوَكِّلِ .

---

(١) فى ف : « يكفل » .

(٢) فى م : « أو » .

(٣ - ٣) فى م : « لأنهما » .



كِتابُ الخُلْعِ

ومَعْناه فِراقُ الزَّوْجِ امْرَأتَه بعِوَضٍ. فإن خالَعَها بغيرِ عِوَضٍ، لم يَصِحَّ، لكنْ إن كان بلَفْظِ الطَّلاقِ، أو نَواه به، فهو طَلاقٌ رَجْعِيٌّ، وإلَّا[1] لم يَقَعْ به شيءٌ. وعنه، يَصِحُّ الخُلْعُ بغيرِ عِوَضٍ. اخْتارَه الخِرَقِيُّ. فإذا سَألَتْه خُلْعَها، فقال: خَلَعْتُكِ. انْفَسَخَ النِّكاحُ، ولا شيءَ له؛ لأنَّه فُرْقَةٌ، فجازَت بغيرِ عِوَضٍ، كالطَّلاقِ. وإن قال: خَلَعْتُكِ. مِن غيرِ سُؤالِ الزَّوْجَةِ، لم يكنْ خُلْعًا، وكان كِنايَةً فى الطَّلاقِ لا غيرُ. قال أبو بكرٍ: لا خِلافَ عن أبى عبدِ اللَّهِ أنَّ الخُلْعَ ما كان مِن قِبَلِ النِّساءِ، فإذا كان مِن قِبَلِ الرِّجالِ، فلا نِزاعَ فى أنَّه طَلاقٌ يَمْلِكُ به الرَّجْعَةَ. ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى أنَّه فَسْخٌ للنِّكاحِ بغيرِ عِوَضٍ ولا عَيْبٍ، فلم يَمْلِكْه الزَّوْجُ، كما لو لم تَسْألْه المرأةُ.

فصل: والخُلْعُ على ثَلاثَةِ أضْرُبٍ؛ مُباحٌ، وهو أن تَكْرَهَ المرأةُ زَوْجَها لبُغْضِها إيَّاه، و[2] تخافَ أن لا تُؤَدِّىَ حَقَّه، ولا تُقِيمَ حُدودَ اللَّهِ فى طاعَتِه، فلها أن تَفْتَدِىَ نفسَها منه؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[3]. ورَوَى البُخارِىُّ[4]

---

(١) سقط من: م.

(٢) فى الأصل: «أو».

(٣) سورة البقرة ٢٢٩.

(٤) فى: باب الخلع وكيف الطلاق فيه، من كتاب الطلاق. صحيح البخارى ٧/ ٦٠، ٦١.

بإسْنادِه ، قال : جاءَتِ امْرَأةُ ثابِتِ بنِ قَيْسٍ إلى النبيِّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللَّهِ ، ما أَنْقِمُ على ثابِتٍ في[1] دِينٍ ولا خُلُقٍ ، إلَّا أنِّي أخافُ الكُفْرَ في الإسْلامِ . فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ » . قالت : نعم . فرَدَّت عليه ، وأَمَره فَفارَقَها . ولأنَّ حاجَتَها داعِيَةٌ إلى فُرْقَتِه ، ولا تَصِلُ إليها إلَّا ببَذْلِ العِوَضِ ، فأُبِيحَ لها ذلك ، كشِراءِ المَتاعِ .

الثاني ، المُخالَعَةُ لغيرِ سبَبٍ مع اسْتِقامَةِ الحالِ ، فذَهَب أصْحابُنا إلى أنَّه صَحِيحٌ مع الكَراهَةِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[2] . ويَحْتَمِلُ كلامُ أحمدَ بُطْلانَه وتحرِيمَه ؛ لأنَّه قال : الخُلْعُ مثلُ حَدِيثِ سَهْلَةَ[3] ؛ تَكْرَهُ الرجلَ ، فتُعْطِيه المَهْرَ ، فهذا الخُلْعُ . ووَجْهُ ذلك قولُ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ﴾[4] . وروَى ثَوْبانُ قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيُّمَا امرأةٍ سَأَلَت زَوْجَها الطَّلَاقَ مِن غَيْرِ مَا بَأْسٍ ، فحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الجَنَّةِ » . رَواه أبو داودَ[5] . ولا يَلْزَمُ مِن الجَوازِ في غيرِ عَقْدٍ

---

(1) في م : « من » .

(2) سورة النساء ٤ .

(3) قال الحافظ : وقع لابن الجوزي في تنقيحه أنها سهلة بنت حبيب ، فما أظنه إلا مقلوبا ، والصواب حبيبة بنت سهل . فتح الباري ٩/ ٣٩٩ .

(4) سورة البقرة ٢٢٩ .

(5) في : باب في الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/ ٥١٦ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في المختلعات ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذي ٥/ ١٦٢ ، ١٦٣ . وابن ماجه ، في : باب كراهية الخلع للمرأة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٢ . والدارمي ، في : باب النهي عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها ، من =

الجَوازُ فى عَقْدٍ ؛ بدليلِ عُقُودِ الرِّبا .

الثالِثُ ، أن يَعْضُلَ الرجلُ[1] زَوْجَتَه بأذاه لها ، ومَنْعِها حقَّها ظُلْمًا ، لتَفْتَدِىَ نَفْسَها منه ، فهذا مُحَرَّمٌ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾[2] . فإن طَلَّقَها فى هذه الحالِ بعِوَضٍ ، لم يَسْتَحِقَّه ؛ لأنَّه عِوَضٌ أُكْرِهَت على بَذْلِه بغيرِ حقٍّ ، فلم يَسْتَحِقَّه ، كالثَّمَنِ فى البَيْعِ ، ويَقَعُ الطَّلاقُ رَجْعِيًّا .

وإن خالعَها بغيرِ لَفْظِ الطَّلاقِ ، وقلنا : هو طَلاقٌ . فحُكْمُه ما ذكَرْنا ، وإلَّا فالزَّوْجِيَّةُ بحالِها .

وإن أَدَّبَها لتَرْكِها فَرْضًا أو نُشوزِها ، فخالَعَتْه لذلك ، لم يَحْرُمْ ؛ لأنَّه ضَرَبَها بحَقٍّ . وإن زَنَت فعَضَلها لتَفْتَدِىَ نَفْسَها منه ، جاز ، وصَحَّ الخُلْعُ ؛ لقولِ [٣٠٤ظ] اللَّهِ تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[2] . والاسْتِثْناءُ مِن النَّفْيِ إثْباتٌ . وإن ضرَبَها ظُلْمًا لغيرِ قَصْدِ أخْذِ شىءٍ منها ، فخالَعَتْه لذلك ، صَحَّ الخُلْعُ ؛ لأنَّه لم يَعْضُلْها ليأْخُذَ ممَّا آتاها شيئًا .

فصل : ويَصِحُّ الخُلْعُ مِن العَبْدِ ، والسَّفِيهِ ، والمُفْلِسِ ، وكلِّ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلاقُه ؛ لأنَّه إذا مَلَك الطَّلاقَ بغيرِ عِوَضٍ ، فبعِوَضٍ أوْلَى . والعِوَضُ فى

= كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٢٨٣. وصححه فى الإرواء ٧/ ١٠٠.

(١) فى ف : « الزوج » .

(٢) سورة النساء ١٩.

خُلْعِ العَبْدِ لسَيِّدِه ؛ لأنَّه مِن كَسْبِه ، لا يجوزُ تَسْلِيمُه إلى غيرِه إلَّا بإذْنِه[1] .

ولا يجوزُ تَسْلِيمُ العِوَضِ فى خُلْعِ السَّفِيهِ إلَّا إلى وَلِيِّه ، كسائرِ حُقُوقِه . وقال القاضِى : يَصِحُّ قَبْضُهما ؛ لأنَّه صَحَّ خُلْعُهما ، فصَحَّ قَبْضُهما ، كالمُفْلِسِ .

ولا يَصِحُّ مِن غيرِ زَوْجٍ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، إلَّا أبا الصَّغِيرِ ؛ فإنَّ فيه رِوايتَيْن ؛ إحْداهما ، لا يَمْلِكُ طلاقَ زَوْجَتِه ولا خُلْعَها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « الطَّلَاقُ لمن أَخَذَ بِالسَّاقِ » . رَواه ابنُ ماجه[2] . ولأنَّه إسقاطٌ لحقِّه ، فلم يَمْلِكْه ، كإسْقاطِ قِصاصِه . والثانيةُ ، يَمْلِكُه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ تَزْوِيجَه ، فَملَكَ الطَّلاقَ والخُلْعَ ، كالزَّوْجِ . وكذلك القولُ فى زَوْجَةِ عَبْدِه الصغيرِ .

فصل : ويَصِحُّ الخُلْعُ مِن كلِّ زَوْجَةٍ رشِيدَةٍ ؛ لأنَّ اسْتِدانَتَها صَحِيحَةٌ . فإن كانت أمَةً ، فحُكْمُ خُلْعِها حُكْمُ اسْتِدانَتِها بإذْنِ سَيِّدِها وبغيرِ[3] إذْنِه . ويُرْجَعُ على المُكاتَبَةِ بالعِوَضِ إذا عَتَقَتْ ، وعلى المُفْلِسَةِ إذا أيْسَرَتْ ، كاسْتِدانَتِها . فأمَّا السَّفِيهَةُ والصغيرةُ والمجْنُونَةُ ، فلا يَصِحُّ بَذْلُ العِوَضِ منهُنَّ ؛ لأنَّه تصَرُّفٌ فى المالِ ، وليس مِن أهْلِه .

ويَصِحُّ بذْلُ العِوَضِ فى الخُلْعِ مِن الأجْنَبِىِّ ، فإذا قال : طَلِّقْ زَوْجَتَكَ بألْفٍ عَلَىَّ . ففَعَل ، لَزِمَتْه[4] الألْفُ ؛ لأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ لا يفْتَقِرُ إلى رِضَا

---

(١) بعده فى ف : « ولا يجوز إلا بإذنه » .

(٢) فى : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٧٢. وحسنه فى الإرواء ٧/ ١٠٨- ١١٠.

(٣) فى الأصل : « يعتبر » .

(٤) فى الأصل : « لزمه » .

المُسْقَطِ عنه، فصَحَّ بالمَالِكِ والأَجْنَبِيِّ، كالعِتْقِ بمالٍ. فإن قال: طَلِّقْ زَوْجَتَك بمَهْرِها، وأنا ضامِنٌ. ففَعَل، بانَت، وعليه مَهْرُها، لا يَرْجِعُ به على أحَدٍ.

وليس لغيرِ الزَّوْجَةِ خُلْعُها بشيءٍ مِن مالِها، ولو كان أبا الصغيرةِ؛ لأنَّه يُسْقِطُ به حَقَّها مِن العِوَضِ والنَّفَقَةِ والاسْتِمْتاعِ، فإن فَعَل وكان طَلاقًا، كان رَجْعِيًّا، وإلَّا لم يَقَعْ به شيءٌ، كالخُلْعِ مع العَضْلِ.

فصل: ويجوزُ الخُلْعُ مِن غيرِ حاكمٍ؛ لأنَّه قَطْعُ عَقْدٍ بالتَّراضِى، فلم يَحْتَجْ إلى حاكمٍ، كالإقالَةِ. ويجوزُ فى الحَيْضِ؛ لأنَّ تَحْرِيمَ الطَّلاقِ فيه[1] يَثْبُتُ دَفْعًا لضَرَرِ تَطْوِيلِ العِدَّةِ، والخُلْعُ يُدْفَعُ به ضَرَرُ سُوءِ العِشْرَةِ، وهو أعْظَمُ وأدْوَمُ، فكان دَفْعُه أوْلَى.

فصل: وألْفاظُ الخُلْعِ تَنْقَسِمُ إلى صَرِيحٍ وكِنايَةٍ؛ لأنَّه أحَدُ نَوْعَىِ الفُرْقَةِ، فكان له صَرِيحٌ وكِنايَةٌ، كالطَّلاقِ. فالصَّرِيحُ ثلاثَةُ ألْفاظٍ؛ خالَعْتُكِ. لأنَّه ثَبَت له عُرْفُ الاسْتِعْمالِ. و[2]: فَادَيْتُكِ. لوُرُودِ القُرْآنِ به. و: فَسَخْتُ نِكاحَكِ. لأنَّه حَقِيقَةٌ فيه. وما عَدا هذا، مِثْلَ: بارَأْتُكِ. و[3]: أبْرَأْتُكِ. و: أَبَنْتُكِ. فكِنايَةٌ، فمتى أتَى بالصَّرِيحِ، وَقَع وإن لم يَنْوِ. ولا يَقَعُ بالكِنايَةِ إلَّا بنِيَّةٍ، أو دَلالَةِ حالٍ، بأن تَطْلُبَ[4] الخُلْعَ، وتَبْذُلَ العِوَضَ، فيُجِيبَها بذلك؛ لأنَّ دَلالَةَ الحالِ تُغْنِى عن النِّيَّةِ.

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) فى الأصل: «أو».

(٣) فى ف: «أو».

(٤) فى الأصل: «يطلب».

ومتى وَقَع الخُلْعُ بلَفْظِ الطَّلاقِ، أو نَوَى به الطَّلاقَ، فهو طَلاقٌ[1] بائنٌ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُ غيرَ الطَّلاقِ. وإن خالَعَها بغيرِ لَفْظِ الطَّلاقِ غيرَ نَاوٍ به الطَّلاقَ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، هو طَلاقٌ أيضًا؛ لأنَّه كِنايَةٌ فى الطَّلاقِ، نَوى به فُرْقَتَها، فكان طَلاقًا، كما لو نَوَى به الطَّلاقَ. والثانيةُ، هو فَسْخٌ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: [٣٠٥و] ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾[2]. ثم ذَكَر الخُلْعَ، ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[3]. فلو كان طلاقًا، كانت أرْبَعًا، ولا خِلافَ فى تَحْرِيمِها بثَلاثٍ، ولأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى الطَّلاقِ، ولا[4] نَوَى به الطَّلاقَ، فلم يكنْ طَلاقًا، كغيرِه مِن الكِناياتِ.

فإذا قلنا: هو طَلاقٌ. نَقَص به عَدَدُ طَلاقِها، ومتى خَلَعها[5] ثلاثًا[6] لم تَحِلَّ له حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه. وإن قلنا: هو فَسْخٌ. لم يَنْقُصْ به عَدَدُ طَلاقِها، وحَلَّت له مِن غيرِ نِكاحِ زَوْجٍ ثانٍ ولو خالَعَها مِرارًا.

فصل: وتَبِينُ بالخُلْعِ على إحْدَى[7] الرِّوايَتَيْن، فلا يَمْلِكُ رَجْعَتَها؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ[8] فيما اعْتاضَ عنه، كالبَيْعِ، ولا

---

(١) فى الأصل: «كطلاق».

(٢) سورة البقرة ٢٢٩.

(٣) سورة البقرة ٢٣٠.

(٤) فى ف: «لو».

(٥) بعده فى ف: «قلنا»، وفى م: «خالعها».

(٦) زيادة من: م.

(٧) فى الأصل، م: «كلتا».

(٨) فى الأصل: «رجعتها».

يَلْحَقُها طَلاقُه ولو واجَهَها به؛ لأنَّها بائنٌ، فلم يَلْحَقْها طَلاقُه، كبَعْدِ العِدَّةِ.

فإن طَلَّقَها بعِوَضٍ، وشَرَط الرَّجْعَةَ، فقال ابنُ حامِدٍ: يَصِحُّ الخُلْعُ، ويَسْقُطُ الشَّرْطُ؛ لأنَّ الخُلْعَ لا يَفْسُدُ بالعِوَضِ الفاسِدِ، فلم يَفْسُدْ بالشَّرْطِ الفاسِدِ، كالنِّكاحِ. قال القاضِي: ويَسْقُطُ المُسَمَّى، وله صَداقُها؛ لأنَّه إنَّما رَضِيَ به مع الشَّرْطِ، فإذا فَسَد الشَّرْطُ، وَجَب أن يَرْجِعَ بما نَقَص لأَجْلِه، فيَصِيرُ مَجْهُولًا، فيَفْسُدُ، ويَجِبُ[1] الصَّداقُ. ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ المُسَمَّى؛ لأنَّه مُسَمًّى صحيحٌ في عَقْدٍ صَحِيحٍ، فوَجَب؛ قِياسًا على الصَّداقِ في النِّكاحِ. وفيه وَجْهٌ آخَرُ أنَّه يَسْقُطُ العِوَضُ، وتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ؛ لأنَّ شَرْطَ العِوَضِ والرَّجْعَةِ يتَنافَيانِ، فيَسْقُطانِ، ويَبْقَى مُجَرَّدُ الطَّلاقِ.

وإن شَرَط الخِيارَ في الخُلْعِ، بَطَل الشَّرْطُ، وصَحَّ الخُلْعُ؛ لأنَّ الخِيارَ في البَيْعِ لا يَمْنَعُ نَقْلَ المِلْكِ، ففي الخُلْعِ لا يَمْنَعُ وُقُوعَه، ومتى وَقَع، فلا سَبِيلَ إلى رَفْعِه.

فصل: ويَصِحُّ الخُلْعُ مُنَجزًا بلَفْظِ المُعاوَضَةِ؛ لِما فيه مِن المُعاوَضَةِ، ومُعَلَّقًا على شَرْطٍ؛ لِما فيه مِن الطَّلاقِ. فأمَّا المُنَجزُ بلَفْظِ المُعاوَضَةِ، فهو أن يُوقِعَ الفُرْقَةَ بعِوَضٍ، فيقولَ: خَلَعْتُكِ بأَلْفٍ. أو: طَلَّقْتُكِ بأَلْفٍ. أو[2]: أنتِ طالقٌ بأَلْفٍ. فتقولَ: قَبِلْتُ. كما يقولُ: بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ بأَلْفٍ.

---

(١) في ف: «يخف».

(٢) في الأصل: «و».

فتقولُ : قَبِلْتُ . هذا قولُ القاضِي . وقِياسُ قَوْلِ[1] أحمدَ أنَّه يقعُ رَجْعِيًّا ، ولا شيءَ له ؛ لأنَّه أوْقَعَ الطَّلاقَ الذى يَمْلِكُه ، ولم يُعَلِّقْه بشَرْطٍ ، وجَعَل عليه عِوَضًا لم[2] تَبْذُلْه ولم تَرْضَ به ، فلم يَلْزَمْها . فأمّا المُعاوَضَةُ الصحيحةُ ، فمثلُ أن تقولَ المرأةُ : اخْلَعْنِى بأَلْفٍ . أو : طَلِّقْنِى بأَلْفٍ . أو : على ألفٍ . أو : وعلَىَّ ألْفٌ . فيقولَ : طَلَّقْتُكِ . كما تقولُ : بِعْنِى ثَوْبَك[3] بأَلْفٍ . فيقولُ : بِعْتُكِ . ولا يحْتاجُ إلى إعادَةِ ذِكْرِ الألْفِ فى الجَوابِ ؛ لأنَّ الإطْلاقَ[4] يَرْجِعُ إليه ، كما يَرْجِعُ فى البَيْعِ .

ولا يَصِحُّ الجَوابُ فى هذا إلَّا على الفَوْرِ . ويجوزُ للزَّوْجِ[5] الرُّجُوعُ فى الإيجابِ قبلَ القَبُولِ ، وللمرأةِ الرُّجُوعُ فى السُّؤَالِ قبلَ الجَوابِ ، كما يجوزُ فى البَيْعِ .

وأمّا المُعَلَّقُ فنحوُ[6] أن يُعَلِّقَ الطَّلاقَ على دَفْعِ مالٍ ، أو ضَمانِه ، فيقولَ : إن أعْطَيْتِنى ألفًا . أو : إذا أعْطَيْتِنى ألفًا . أو[7] : متى أعْطَيْتِنى ألفا . أو[7] : متى ضَمِنْتِ لى ألْفًا فأنتِ طالقٌ . فمتى ضَمِنَتْها له ، أو أعْطَتْه ألفًا ، طَلُقَتْ ، سَواءٌ كان على الفَوْرِ أو التَّراخِى ؛ لأنَّه تعْلِيقٌ للطَّلاقِ على شَرْطٍ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ف .

(٣) فى م : « هذا الثوب » .

(٤) فى الأصل ، ف : « الطلاق » .

(٥) فى م : « للرجل » .

(٦) فى الأصل ، م : « فيجوز » .

(٧) فى الأصل : « و » .

فوَقَع بوُجودِ الشَّرْطِ ، كما لو عَرِىَ عن ذِكْرِ العِوضِ . ويَكْفِى فى العَطِيَّةِ أن تُحْضِرَ[1] المالَ ، ويأْذَنَ فى قَبْضِه ، أَخَذ أو لم يأْخُذْ ؛ لأَنَّ اسْمَ العَطِيَّةِ يَقَعُ عليه ، يقالُ : أعْطَيْتُه فلم يأْخُذْ . فإن أعْطَتْه بعضَ الأَلْفِ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الشَّرْطُ .

وإن قالت : طَلِّقْنِى بأَلْفٍ . فقال : أنتِ طالقٌ بألفٍ إن شِئْتِ . لم تَطْلُقْ حتى تَشاءَ ؛ لأنَّه علَّقَه على المَشِيئَةِ ، فلم يَقَعْ إلَّا بها . وسَواءٌ [٣٠٥ظ] شاءَت على الفَوْرِ أو التَّراخِى . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه جَعَل المَشِيئَةَ شَرْطًا ، فأَشْبَهَ تعْلِيقَه على دُخُولِ الدارِ .

فصل : وإذا قال : أنتِ طالقٌ وعليكِ أَلْفٌ . طَلُقَت رَجْعِيَّةً ، ولا شىءَ له ؛ لأنَّه لم يَجْعَلِ الأَلْفَ عِوَضًا للطَّلْقَةِ ، ولا شَرْطًا فيها ، إنَّما عطَفَه على الطَّلاقِ الذى يَمْلِكُ إيقاعَه ، فوَقَع ما يَمْلِكُه دُونَ ما لَا يَمْلِكُه .

وإن قال : أنتِ طالقٌ على ألْفٍ . أو : على أنَّ عليكِ ألْفًا . فعن أحمدَ فيها مثلُ ذلك ؛ لأنَّ « على » ليست حَرْفَ شَرْطٍ ولا مُقابَلَةٍ ، [2]ولذلك[2] لا يَصِحُّ أن تقولَ : بِعْتُكَ ثَوْبِى على ألْفٍ . وقال القاضى : لا يقَعُ الطَّلاقُ بها حتى تَقْبَلَ ذلك ؛ لأنَّها أُجْرِيَتْ مُجْرَى الشَّرْطِ والجزاءِ ؛ بدليلِ قولِ اللَّهِ تعالى فى قِصَّةِ شُعَيْبٍ[3] عليه السلامُ : ﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ﴾[4] . وقوله سبحانه وتعالى :

---

(١) فى الأصل ، م : « يحضر » .

(٢ - ٢) فى م : « لهذا » .

(٣) انظر التعليق المتقدم فى صفحة ٢٣٣ .

(٤) سورة القصص ٢٧.

﴿فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾[1] . فعلى هذا[2] ، إذا قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا[3] على ألْفٍ . أو : بألْفٍ . فقالَت : قَبِلْتُ واحدةً بثُلُثِ الأَلْفِ . لم يَقَعْ ؛ لأنَّها لم تقْبَلْ ما بذَلَه ، فأَشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ عَبِيدِى الثَّلاثَةَ بأَلْفٍ . فقالَ : قَبِلْتُ واحدًا بثُلُثِ الأَلْفِ . وإن قالَت : قَبِلْتُ واحدَةً بأَلْفٍ . وَقَع الثَّلاثُ ، واسْتَحَقَّ الأَلْفَ ؛ لأنَّه علَّقَ الثَّلاثَ على بَذْلِها للأَلْفِ ، وقد وُجِدَ .

فإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا ، واحدَةً منها بألْفٍ . طَلُقَتِ اثْنَتَيْن ، ووَقَفَتِ[4] الثالثةُ على قَبُولِها . ولو لم يَبْقَ مِن طلاقِها إلَّا طَلْقَةٌ ، فقالَ : أنتِ طالقٌ اثْنَتَين ؛ الأُولَى بغيرِ شيءٍ ، والثانيةُ بأَلْفٍ . بانَتْ بالثَّلاثِ ، ولم يَسْتَحِقَّ شيئًا . وإن قال : الأُولَى بأَلْفٍ . اسْتَحَقَّ الأَلْفَ إذا قَبِلَت .

فصل : وإن قالَتْ : طَلِّقْنِى بألْفٍ . فقال : خَلَعْتُكِ . يَنْوِى به الطَّلاقَ ، أو قُلْنا : الخُلْعُ طَلاقٌ . اسْتَحَقَّ الأَلْفَ ؛ لأنَّه طَلَّقَها . وإن لم يَنْوِ الطَّلاقَ وقُلْنا : ليس بطلاقٍ . لم يَسْتَحِقَّ العِوَضَ ؛ لأنَّها اسْتَدْعَتْ فُرْقَةً تنْقُصُ عَدَدَ طَلاقِه ، فلم يُجِبْها إليه ، ويكونُ كالخُلْعِ[5] بغيرِ عِوَضٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَقَعَ بها شيءٌ ؛ لأنَّه إنَّما بذَلَ خُلْعَها بعِوَضٍ ، ولم يَحْصُلْ ، فلم يقَعْ . وإن

---

(1) سورة الكهف ٩٤.

(2) بعده فى ف : « القول » .

(3) سقط من : ف ، م .

(4) فى م : « وقعت » .

(5) فى ف : « الخلع » .

قالت: اخْلَعْنِى بألْفٍ. فقال: طَلَّقْتُكِ بألْفٍ. (١وقُلْنا: الخُلْعُ فَسْخٌ١). ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، له الألْفُ؛ لأنَّ الطَّلاقَ بعِوَضٍ نَوْعٌ مِن الخُلْعِ، ولأنَّها اسْتَدْعَتْ فُرْقَةً لا تَنْقُصُ عدَدَ طَلاقِها، فأتَى بفُرْقَةٍ تَنْقُصُ عدَدَ طَلاقِها، وهذا زِيادةٌ. والثانى، لا يَسْتَحِقُّ شيئًا؛ لأنَّه لم يُجِبْها إلى ما سأَلَت.

وإن قالت: طَلِّقْنِى ثلاثًا بألْفٍ. فطَلَّقَها واحدةً، وَقَعت رَجْعِيَّةً، ولا شىءَ له؛ لأنَّه لم يُجِبْها إلى ما سأَلَت، فإنَّها اسْتَدْعَتْ فُرْقَةً تَحْرُمُ بها قبلَ زَوْجٍ آخَرَ، فلم يُجِبْها إليه. وإن لم يكنْ بَقِىَ مِن عدَدِ طَلاقِها إلَّا واحدَةٌ، اسْتَحَقَّ الألْفَ، عَلِمَتْ أو لم تَعْلَمْ؛ لأنَّ القَصْدَ تحْرِيمُها قبلَ زَوْجٍ آخَرَ، وقد حَصَل ذلك.

وإن قالَت: طَلِّقْنِى واحدَةً[٢] بألْفٍ. فطَلَّقَها ثلاثًا، طَلُقَتْ ثلاثًا، وله الأَلْفُ؛ لأنَّه حَصَل ما طَلَبَتْه وزِيادَةٌ. وإن قالت: طَلِّقْنِى عَشْرًا بألْفٍ. فطَلَّقَها ثلاثًا، اسْتَحَقَّ الأَلْفَ فى قِياسِ المسْألةِ التى قبلَها؛ لأنَّه حَصَل المقصودُ. وإن طَلَّقَها أقَلَّ مِن ذلك، لم [٣٠٦و] يَسْتَحِقَّ شيئًا؛ لأنَّه لم يُجِبْ سُؤالَها.

فصل: فإن قالت: طَلِّقْنِى بألْفٍ إلى شَهْرٍ. فقال: إذا جاء رأْسُ الشَّهْرِ فأنتِ طالقٌ. اسْتَحَقَّ الألفَ، ووَقَع الطَّلاقُ عندَ رأْسِ الشَّهرِ بائِنًا؛ لأنَّه بعِوَضٍ. وإن طَلَّقَها قبلَ رأْسِ الشَّهْرِ، طَلُقَتْ، ولا شىءَ له. نَصَّ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) فى ف: «عشرا».

عليه ؛ لأنَّه (١اخْتارَ إيقَاعَ١) الطَّلاقِ مِن غيرِ عِوَضٍ . وإن قالَت : لكَ علَيَّ أَلْفٌ ، على أن تُطَلِّقَنِى متى شِئْتَ ، مِن الآنَ إلى شهرٍ . فطَلَّقَها قبلَ رأْسِ الشهرِ ، وَقَع الطَّلاقُ ، واسْتَحقَّ الأَلْفَ ؛ لأنَّه أجابَها إلى ما سأَلَت . وقال القاضِى : تَبْطُلُ التَّسْمِيَةُ ، وله صَداقُها ؛ لأنَّ زمَنَ الطَّلاقِ مَجْهُولٌ .

فصل : وإن قالَت إحْدَى زوْجَتَيْه : طَلِّقْنِى وضَرَّتِى بأَلْفٍ . ففَعَلَ ، صَحَّ الخُلْعُ فيهما ؛ لأنَّ الخُلْعَ مع الأَجْنَبِىِّ صحيحٌ . وإن طَلَّقَ إحْداهما ، لم يَسْتَحِقَّ شيئًا ؛ لأنَّه لم يُجِبْها إلى ما سأَلَت ، فلم يَسْتَحِقَّ ما بَذَلَت ، كما لو قال فى المُناضَلَةِ : مَن سَبَق بسَهْمَيْن فله أَلْفٌ . فسَبَقَ بأحدِهما[٢] . وقال القاضى : تَبِينُ المُطَلَّقَةُ ، وعلى الباذِلَةِ حِصَّتُها مِن الأَلْفِ ، كما لو قال : مَن رَدَّ عَلَيَّ[٣] عَبْدَىَّ ، فله أَلْفٌ . فرَدَّ أحدَهما . وإن قالَت : طَلِّقْنِى بأَلْفٍ على أَنْ تُطَلِّقَ ضَرَّتِى بأَلْفٍ . فكذلك سَواءٌ . وقال القاضى : إذا لم يَفِ بشَرْطِها ، فله الأَقَلُّ مِن المُسَمَّى فى صَداقِها أو الأَلْفُ .

فصل : وإن قال لزَوْجَتَيْه : أنتما طالِقَتان بأَلْفٍ . فقَبِلَتا ، طَلُقَتا ، وتقَسَّطَتِ الأَلْفُ بينَهما على قَدْرِ صَداقَيْهما[٤] . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، يكونُ بينَهما نِصْفَيْن ، كقولِه فيما إذا تزَوَّجهما[٥] بأَلْفٍ . وإن قَبِلَت

(١ - ١) فى م : « إخبار بإيقاع » .

(٢) فى م : « أحدهما » .

(٣) زيادة من : الأصل .

(٤) فى م : « صداقهما » .

(٥) فى الأصل : « تزوجها » .

إحْداهما ، بانَت ، ولَزِمَتْها حِصَّتُها مِن الأَلْفِ . وإن كانت إحْداهما غيرَ رَشِيدَةٍ ، فقَبِلَتا ، بانَتِ الرَّشِيدَةُ بحِصَّتِها ، ولم تَطْلُقِ الأُخْرَى ؛ لأَنَّ بَذْلَها للعِوَضِ غيرُ صحيحٍ . وإن قال : أنْتُما طالِقَتان بأَلْفٍ إن شِئْتُما . فقالَتا : قد شِئْنا . فهى كالتى قبلَها ، إلَّا أنَّ إحْداهما إذا شاءَت وحدَها ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ مَشِيئَتَهما معًا شَرْطٌ لطَلاقِهما ، فلا يُوجَدُ[1] بدُونِ شَرْطِه . فإن قالتا : قد شِئْنا . وإحْداهما صغيرةٌ أو مجْنُونَةٌ ، فكذلك ؛ لأَنَّ مَشِيئَتَهما غيرُ صحيحةٍ . وإن كانَت سَفِيهَةً ، طَلُقَتا ؛ لأَنَّ مَشِيئَتَهما[2] صحيحةٌ ، وعلى الرَّشِيدَةِ حِصَّتُها مِن العِوَضِ ، ويقَعُ طَلاقُ السَّفِيهَةِ رَجْعِيًّا ، ولا عِوَضَ عليها ؛ لأنَّ بَذْلَها له[3] غيرُ صحيحٍ .

فصل : وكلُّ ما جاز صَداقًا جاز جَعْلُه عِوَضًا فى الخُلْعِ ، قليلًا كان أو كثيرًا . وقال أبو بكرٍ : لا يأْخُذُ أكْثَرَ ممَّا أعْطَاها ، فإن فعَل ، رَدَّ الزِّيادَةَ . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ﴾[4] . ورَوَتِ الرُّبَيِّعُ بِنْتُ مُعَوِّذٍ ، قالَتْ : اخْتلَعْتُ مِن زَوْجِى بما دونَ[6] عِقَاصِ[7] رأْسِى ، فأجازَه عُثْمانُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه[8] . ولأنَّه عِوَضٌ عن مِلْكِ مَنافِعِ

---

(١) فى ف : « يؤخذ » .

(٢) فى الأصل : « مشيئتها » .

(٣) سقط من : ف ، م .

(٤) سورة البقرة ٢٢٩.

(٥) فى الأصل : « خلعه » .

(٦) بعده فى ف : « من » .

(٧) العقاص : خيط تشد به أطراف الذوائب .

(٨) علقه البخارى مختصرا ، فى : باب الخلع وكيف الطلاق فيه ...، من كتاب الطلاق .=

البُضْعِ ، أَشْبَهَ الصَّداقَ . ولا يُسْتَحَبُّ أن يأْخُذَ منها أكْثَرَ مِمَّا أعْطَاها ؛ لأنَّه رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه أمَرَ ثابِتَ بنَ قَيْسٍ أن يأْخُذَ مِن زَوْجَتِه حدِيقَتَه ولا يَزْدادَ . رَواه ابنُ ماجه[1] .

وحُكْمُه حُكْمُ الصَّداقِ فى أنَّه إذا وَجَد به عَيْبًا ، خُيِّرَ بينَ قِيمَتِه وأخْذِ أَرْشِه ، وفى أنَّه إذا خالَعَها على عَبْدٍ فبانَ حُرًّا ، أو خَلٍّ فَبانَ خَمْرًا ، فله قِيمَةُ العَبْدِ و[2] مثلُ الخَلِّ .

وإن خالَعَها بحُرٍّ أو خَمْرٍ يعْلَمانِه وهما مُسْلِمانِ ، فهو كالخُلْعِ بغيرِ عِوَضٍ ؛ لأنَّه رَضِىَ منها بما ليس بمالٍ ، بخِلافِ ما إذا لم يَعْلَمْ ، فإنَّه لم يَرْضَ بغيرِ مالٍ ، فرجَعَ بحُكْمِ الغُرورِ . فإن كانا كافِرَيْن فأسْلَمَا ، أو تَحاكَما إلينا بعدَ قَبْضِه ، فلا شىءَ له ؛ [٣٠٦ظ] لأنَّ حُكْمَه مَضَى قبلَ الإسْلامِ . وإن أسْلَما قبلَه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه يَجِبُ له عِوَضٌ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بغيرِ عِوَضٍ ، فأشْبَهَ المسلمَ إذا اعْتَقَدَه عَبْدًا أو خَلًّا . وقال القاضى فى « الجامِعِ » : لا شىءَ له ؛ لأنَّه رَضِىَ بما ليس بمالٍ ، فأَشْبَهَ المسلمَ . وقال فى « المُجَرَّدِ » : له[3] مَهْرُ المثلِ ؛ لأنَّ العِوَضَ فاسِدٌ ، ويَرْجِعُ إلى قِيمَةِ

= صحيح البخارى ٧/ ٦٠. ووصله الحافظ ابن حجر باللفظ المذكور، فى : تغليق التعليق ٤/ ٤٦١. وحسن إسناده . وأخرجه مطولا عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٥٠٤. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣١٥. وله شاهد فى الموطأ ٢/ ٥٦٥.

(١) فى : باب المختلعة تأخذ ما أعطاها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٣. وصححه الألبانى ، فى : الإرواء ٧/١٠٣ - ١٠٥.

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ف ، م : « لها » .

المُتْلَفِ ، وهو مَهْرُ المِثْلِ . ويَحْتَمِلُ أن يجبَ له[1] قِيمَةُ الحُرِّ لو كان عَبْدًا ، وقِيمَةُ الخَمْرِ عندَ الكفَّارِ ؛ لأنَّه رَضِىَ بماليَّةِ ذلك ، فأَشْبَهَ المسلمَ إذا اعْتقَدَه عَبْدًا أو خَلًّا .

فصل : ويَصِحُّ الخُلْعُ على عِوَضٍ مَجْهُولٍ فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وقالَ أبو بكرٍ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه عقدُ مُعاوَضَةٍ ، فلا يصِحُّ بالمَجْهُولِ ، كالبَيْعِ . ولنا ، أنَّ الطَّلاقَ مَعْنًى يَصِحُّ تَعْلِيقُه بالشَّرْطِ ، فجاز أن يُسْتَحَقَّ به المَجْهُولُ[2] ، كالوَصِيَّةِ . وفيه مَسائِلُ خَمْسٌ :

أحدُها ، أن تُخالِعَه على ما فى يَدِها مِن الدَّراهِمِ ، فإن كان فى يَدِها دَراهِمُ ، فهى له ، وإن لم يكنْ فيها دَراهِمُ ، فله ثَلاثَةٌ . نصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه أقَلُّ ما يقَعُ عليه اسْمُ الدَّراهِمِ حَقِيقَةً ، ولَفْظُها دَلَّ على ذلك ، فاسْتَحقَّه ، كما لو وَصَّى له بدَراهِمَ .

الثانيةُ ، خالَعَها على ما فى بَيْتِها مِن المَتَاعِ ، فإن كان فيه مَتاعٌ ، فهو له ، قليلًا كان أو كثيرًا ؛ لأنَّ الخُلْعَ على المَجْهُولِ جائزٌ ، فهو كالوَصِيَّةِ به ، وإن لم يكنْ فيه مَتاعٌ ، فله أَقَلُّ ما يَقَعُ عليه[3] اسْمُ المَتَاعِ ، كالمسألةِ قبلَها ، وكالوَصِيَّةِ . وقال القاضِى وأصْحابُه : له[3] المُسَمَّى فى صَداقِها ؛ لأنَّها فَوَّتَت عليه البُضْعَ بعِوَضٍ مَجْهُولٍ ، فيجِبُ قِيمَةُ ما فَوَّتَت عليه وهو

---

(١) فى م : « لها » .

(٢) فى ف : « المهر » .

(٣) سقط من : الأصل .

صَداقُها . (١ وهذا التَّعْليلُ ١) يَبْطُلُ بالمسألةِ التى قبلَها .

الثالثةُ ، خالَعَها على دابَّةٍ ، أو حَيوانٍ ، أو بَعِيرٍ ، أو ثَوْبٍ ، ونحوِ ذلك ، أو قال : إنْ أَعْطَيْتِنى دابَّةً ، أو بَعِيرًا ، أو بقَرَةً . فإنَّها تَطْلُقُ ، ويَمْلِكُ ما أعْطَتْه مِن ذلك . فإنِ اخْتَلفَا فيما يجبُ له ، فالواجِبُ أقَلُّ ما يقَعُ عليه الاسْمُ فى قِياسِ قولِ أحمدَ . وفى قَوْلِ القاضِى وأصْحابِه ، يجبُ له صَداقُها . ووَجْهُ القَوْلَيْن ما تقَدَّمَ .

الرابِعَةُ ، خالَعَها على عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، أو قال : إن أَعْطَيْتِنى عَبْدًا فأنتِ طالِقٌ . فالحُكْمُ فيها كالتى قبلَها . قال أبو الخَطَّابِ : نَصَّ أحمدُ على أنَّه يَمْلِكُ العَبْدَ الذى أعْطَتْه . وقال القاضى : له عَبْدٌ وَسَطٌ . بناءً على قولِه فى الصَّداقِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يجِبُ له صَداقُها . ووَجْهُهما ما تقَدَّمَ .

الخامسةُ ، خالَعَها على ما يُثْمِرُ نَخْلُها ، أو على ما تَحْمِلُ أمَتُها ، أو على ما فى بَطْنِ الأمَةِ مِن الحَمْلِ ، أو (٢) ما فى ضَرْعِ الشَّاةِ مِن اللَّبَنِ ، أو على ما فى النَّخْلَةِ مِن الثَّمَرِ (٣) ، فله ما سُمِّىَ له ، إن وُجِد منه شىءٌ ، وإن لم يُوجَدْ منه شىءٌ ، فقال القاضى فى « الجامِعِ » : لا شىءَ له ؛ لأنَّهما دَخَلا فى العَقْدِ مع تَساوِيهما فى العِلْمِ بالحالِ ، ورِضاه بما فيه مِن الاحْتِمالِ ، فلم يكنْ له شىءٌ ، كما لو خالَعَها على ما ليس بمالٍ ، فإذا لم يَسْتَحِقَّ شيئًا ، كان كالخُلْعِ بغيرِ عِوَضٍ ، وقد قال أحمدُ : إذا خَلَعَ امْرَأتَه على ثَمَرِ نخْلِها

(١ - ١) فى م : « وهو تعليل » .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣) فى ف : « الثمرة » ، وفى م : « التمر » .

سِنِين، فجائزٌ، تُرْضِيه بشىءٍ[1]. قيل له: فإن حَمَل نَخلُها؟ قال: هذا أجْوَدُ مِن ذاك. قِيل له: يسْتَقِيمُ هذا؟ قال: نعم جائزٌ. قال القاضى: قولُه: تُرْضِيه بشىءٍ. على طَرِيقِ الاسْتِحْبابِ؛ لأنَّه لو كان واجِبًا لتقدَّرَ بتَقْدِيرٍ يُرْجَعُ إليه[2]. وفى مَعْنَى هذا إذا خالَعَها على حُكْمِ أحَدِهما، أو حُكْمِ أجْنَبِىٍّ، أو على ما فى يَدِها، أو بَيْتِها، أو بمِثْلِ ما خالعَ به فُلانٌ زوجتَه، ونحو ذلك. [٣٠٧و] وقال أبو الخَطَّابِ: يَرْجِعُ عليها بصَدَاقِها فى هذه المواضعِ كلِّها؛ لما تَقدَّمَ. وقالَ ابنُ عَقِيلٍ: إن خالَعَها على حَمْلِ أمَتِها، فلم يَخْرُجِ الوَلَدُ سَلِيمًا، فله مَهْرُ المِثْلِ.

فصل: إذا قال: إذا أعْطَيْتِنى عَبْدًا فأنتِ طالقٌ. فأعْطَتْه عَبْدًا لها[3]، مَلَكَه، وطَلُقَتْ، سَلِيمًا كان أو مَعِيبًا، قِنًّا أو مُدَبَّرًا؛ لأنَّ اسْمَ العبدِ يقَعُ عليه، فقد وُجِد شَرْطُ الطَّلاقِ. وإن دَفَعَت إليه حُرًّا، لم تَطْلُقْ؛ لأنَّها لم تُعْطِه عَبْدًا، ولم تُمَلِّكْه شيئًا. وإنْ دفعَتْ إليه عَبْدًا مَغْصُوبًا، لم تَطْلُقْ؛ لأنَّ مَعْنَى العَطِيَّةِ هٰهُنا التَّمْلِيكُ، ولم تُمَلِّكْه شيئًا.

وإن قال: إن أعْطَيْتِنى هذا العَبْدَ فأنتِ طالقٌ. فدَفَعَتْه إليه، فإذا هو حُرٌّ أو مغْصُوبٌ، لم تَطْلُقْ؛ لذلك[4]. وعنه، تَطْلُقُ، وله قِيمَتُه. وإن خَرَج مَعِيبًا، لم يَرْجِعْ عليها بشىءٍ. ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ؛ لأنَّه شَرْطٌ لوُقُوعِ

---

(١) بعده فى م: «قبل حمل نخلها».

(٢) بعده فى م: «وقال».

(٣) بعده فى ف: «فقد».

(٤) فى م: «كذلك».

الطَّلاقِ ، فأَشْبَهَ ما لو قال : إن مَلَكْتُه فأنتِ طالقٌ . ثم مَلَكَه . وقال القاضِى : له رَدُّه ، والرُّجُوعُ بقِيمَتِه أو أخْذُ أرْشِه ؛ لأنَّها خالَعَتْه عليه ، أَشْبَهَ ما لو قالت : اخْلَعْنِى على هذا العَبْدِ . فخَلَعَها . وقال - فيما إذا قال : إن أَعْطَيْتِنى عبدًا فأنتِ طالقٌ - : يَلْزَمُها عبدٌ وَسَطٌ ؛ لذلك[1] .

وإن قال : إن أعْطَيْتِنى أَلْفَ دِرْهَمٍ فأنتِ طالقٌ . ونَويا صِنْفًا مِن الدَّراهمِ ، حُمِلَ العَقْدُ عليها . وإن أطْلَقَا ، حُمِل على نَقْدِ البلَدِ ، كالبَيْعِ . وإن لم يكنْ للبَلَدِ نَقْدٌ غالبٌ ، حُمِلَ على ما يَقَعُ عليه الاسْمُ . ولا يَقَعُ الطَّلاقُ بدَفْعِ أَلْفٍ عدَدًا ناقِصَةِ الوَزْنِ ، ولا بدَفْعِ[2] نُقْرَةٍ زِنَتُها أَلْفٌ ؛ لأنَّ الدَّراهِمَ فى عُرْفِ الشَّرْعِ المَضْرُوبَةُ الوازِنَةُ . وإن دَفَعَت إليه مَغْشُوشَةً تبلُغُ فِضَّتُها أَلْفًا ، طَلُقَت بوُجُودِ الصِّفةِ[3] ، وإن نَقَصَت عنها ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الدَّراهِمَ اسْمٌ للفِضَّةِ .

فصل : فإذا خالَعَها على رَضاعِ ولَدِه مُدَّةً معْلومَةً ، صحَّ . وإن أطْلَقَ ، صَحَّ أيضًا ، ويَنْصَرِفُ إلى ما بَقِىَ مِن الحَوْلَين ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالَى قَيَّدَه بحَوْلَيْن ، فيَنْصَرِفُ الإطْلاقُ إليه . فإن ماتَتِ المُرْضِعَةُ أو الصَّبِىُّ ، أو جَفَّ لَبَنُها قبلَ ذلك ، فعليها أُجْرَةُ المِثْلِ لِما بَقِىَ مِن المُدَّةِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مُعَيَّنٌ ، تَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، فوَجَبَت قِيمَتُه أو مثلُه ، كما لو خالَعَها على قَفِيزٍ فهَلَكَ قبلَ قَبْضِه .

---

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) فى الأصل ، ف : « يدفع » ، وفى م : « تدفع » . وأثبتنا ما يناسب السياق .

(٣) فى م : « الفضة » .

وإن خالَعَها على كَفالَةِ ولدِه عَشْرَ سِنِينَ، صَحَّ، ويُرْجَعُ عندَ الإطْلاقِ إلى نفَقَةِ مثلِه، كما[1] ذكَرْنا فى الإجارَةِ. فإن مات فى أثْناءِ المُدَّةِ، فله بدَلُ ما يثْبُتُ فى ذِمَّتِها.

فصل: ويجوزُ التَّوْكِيلُ فى الخُلْعِ مِن الزَّوْجَيْن، ومِن كلِّ واحدٍ منهما، مع تَقْدِيرِ العِوَضِ وإطْلاقِه؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ، فجاز ذلك فيه، كالبَيْعِ. فإن وَكَّلَ الزَّوْجُ، فخالَعَ وَكِيلُه بما قَدَّرَ له، أو بزِيادَةٍ عليه، أو بصَداقِها عندَ الإطْلاقِ، أو زِيادَةٍ عليه، صَحَّ، ولَزِم المُسَمَّى؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمْرَه، أو زادَ خَيْرًا. وإن خالَعَ بدُونِه، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا يَصِحُّ. اخْتارَه ابنُ حامِدٍ؛ لأنَّه خالَفَ مُوَكِّلَه، فلم يَصِحَّ تَصَرُّفُه، كما لو وَكَّلَه فى خُلْعِ امْرأةٍ فخالَعَ أُخْرَى. والثانى، يَصِحُّ، ويَرْجِعُ على الوَكيلِ بالنَّقْصِ. اخْتارَه أبو بكرٍ؛ لأنَّه أمْكَنَ الجَمْعُ بينَ تَصْحِيحِ التَّصَرُّفِ ودَفْعِ الضَّرَرِ، فوَجَبَ، كما لو لم يُخالِفْ. وذَكَر القاضِى وَجْهَيْن آخرَيْن؛ أحدُهما، يتَخَيَّرُ الزَّوْجُ بينَ قَبُولِ العِوَضِ ناقِصًا، وبينَ رَدِّه وله الرَّجْعَةُ. والثانى، يَسْقُطُ المُسَمَّى، ويجِبُ مَهْرُ المِثْلِ. وإن عَيَّنَ له جِنْسَ العِوَضِ، فخالَعَ بغيرِه، أو خالَعَ عندَ الإطْلاقِ بغيرِ نَقْدِ البَلَدِ، أو بمُحَرَّمٍ، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه خالَفَ مُوَكِّلَه فى الجِنْسِ، أشْبَهَ ما لو وَكَّلَه فى بَيْعِ [٣٠٧ظ] شىءٍ فباعَ غيرَه. فأمَّا وَكِيلُ الزَّوْجَةِ، فمتى خالَعَ بالمُقَدَّرِ أو دُونِه، أو بصَداقِها[2] عندَ الإطْلاقِ أو دُونِه، صحَّ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أو زاد خَيْرًا. وإن خالَعَ بزِيادَةٍ،

---

(١) فى الأصل: «لما».

(٢) فى م: «بصداقهما».

لم تَلْزَمْها ؛ لأنَّها لم تَأْذَنْ فيها ، وتَلْزَمُ الوَكِيلَ ؛ لأنَّه الْتزَمَها للزَّوْجِ . وقال القاضِى : يلْزَمُها مَهْرُ المِثْلِ .

فصل : إذا ادَّعَى الزَّوْجُ خُلْعَها ، فأنْكَرَتْه ، أو قالَت : إنَّما خالَعَكَ غيرِى بعِوَضٍ فى ذِمَّتِه . بانَتْ بإقْرارِه ، والقَوْلُ قولُها فى نَفْيِ العِوَضِ مع يَمِينِها ؛ لأنَّها مُنْكِرَةٌ . وإنِ ادَّعَتْه المرأةُ ، فأنْكَرَها ، فالقولُ قولُه ، ولا شىءَ عليها[1] ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه . وإنِ اتَّفَقا على الخُلْعِ ، واخْتَلَفا فى قَدْرِ العِوَضِ ، أو جِنْسِه ، أو صِفَتِه ، أو حُلُولِه ، فالقولُ قولُ المرأةِ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّ القولَ قولُها فى أصْلِه ، فالقولُ قولُها فى صِفَتِه ، ولأنَّها مُنْكِرَةٌ للزِّيادَةِ المُخْتَلَفِ فيها ، والقولُ قَوْلُ المُنْكِرِ . وإن أقَرَّتْ ، وقالَت : إلَّا[2] أنَّها فى ضَمانِ زَيْدٍ . [3]لَزِمَتْها الأَلْفُ[3] ، ولم يَلْزَمْ زَيْدًا شىءٌ ، إلَّا أن يُقِرَّ به .

---

(1) فى م : « عليه » .

(2) سقط من : م .

(3 - 3) فى الأصل : « لزمها إلا ألف » .

كِتابُ الطَّلاقِ

وهو على خَمْسَةِ أضْرُبٍ ؛ واجِبٌ ، وهو طَلاقُ المُولِى بعدَ التَّرَبُّصِ إذا أَبَى الفَيْئَةَ ، وطَلاقُ الحَكَمَيْنِ فى الشِّقَاقِ إذا رَأياه .

ومَكْرُوهٌ ، وهو الطَّلاقُ مِن غيرِ حاجَةٍ ؛ لِما روَى مُحَارِبُ بنُ دِثَارٍ ، عن ابنِ عُمَرَ ، رضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « أَبْغَضُ الحَلَالِ إلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ » . رَواه أبو داودَ[1] . وعنه ، أنَّه مُحَرَّمٌ ؛ لأنَّه يَضُرُّ بنَفْسِه وزَوْجَتِه ، وقد قال عليه الصلاةُ والسلامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إضْرَارَ[2] » .

ومُباحٌ ، وهو عندَ الحاجَةِ إليه ؛ لضَرَرِه[3] بالمُقامِ على النِّكاحِ ، فَيُباحُ له دَفْعُ الضَّرَرِ عن نَفْسِه .

ومُسْتَحَبٌّ ، وهو عندَ تضَرُّرِ المرأةِ بالنِّكاحِ ، إمَّا لبُغْضِه أو غيرِه ، فيُسْتَحَبُّ إزالَةُ الضَّرَرِ عنها ، وعندَ كَوْنِها مُفَرِّطَةً فى حُقُوقِ[4] اللَّهِ الواجِبَةِ

---

(١) فى : باب فى كراهية الطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٠٣.

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب حدثنا سويد بن سعيد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٠. وضعفه فى الإرواء ١٠٦/٧ - ١٠٨.

(٢) فى ف ، م : « ضرار » .

والحديث تقدم تخريجه فى ٣/ ٢٥٢.

(٣) فى م : « لضرر » .

(٤) فى الأصل : « حق » .

عليها[1] ، كالصَّلاةِ ونحوِه ، وعَجْزِه عن إجْبارِها عليها ، أو[2] كَوْنِها غيرَ عَفِيفَةٍ ؛ لأنَّ فى إمْسَاكِها نَقْصًا ودَناءَةً ، ورُبَّما أفْسَدَتْ فِراشَه ، وأَلْحَقَتْ به ولَدًا مِن غيرِه . وعنه ، أنَّ الطَّلاقَ ههُنا واجِبٌ ، قال فى مسألَةِ إسْماعِيلَ ابنِ سعيدٍ[3] : هل يَحِلُّ للرجلِ أن يُقِيمَ مع امْرأةٍ لا تُصَلِّى ، ولا تَغْتَسِلُ مِن جَنابَةٍ ، ولا تتَعلَّمُ القرآنَ ؟ أخْشَى أن لا يجوزَ المُقامُ معها . وقال : لا يَنْبَغِى له إمْسَاكُ غيرِ العَفِيفَةِ .

ومَحْظُورٌ ، وهو طَلاقُ المَدْخُولِ بها فى حَيْضِها ، أو فى طُهْرٍ أصابَها فيه ، ويُسَمَّى طَلاقَ البِدْعَةِ ؛ لمُخالَفَتِه أمْرَ اللَّهِ تعالى فى قولِه : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[4] . ورَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّه طلَّقَ امْرأتَه وهى حائضٌ ، فسأَلَ عُمَرُ رسولَ اللَّهِ ﷺ عن ذلك ، فقالَ له رسولُ اللَّهِ ﷺ : « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ، ثُمَّ لِيَتْرُكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ، ثُمَّ تَحِيضَ ، ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إن شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِى أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لها[5] النِّساءُ » . مُتَّفَقٌ عليه[6] . ولأنَّ طَلاقَ الحائضِ يَضُرُّ بها ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣) إسماعيل بن سعيد الكسائى الشالنجى ، أبو إسحاق ، روى عن الإمام أحمد ، وأثنى عليه الإمام ، كان عالما بالرأى ، كبير القدر . الجرح والتعديل ١١/ ١٧٣، ١٧٤. طبقات الحنابلة ١/ ١٠٤، ١٠٥.

(٤) سورة الطلاق ١.

(٥) فى م : « بها » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : أول تفسير سورة الطلاق ، من كتاب التفسير ، وفى : باب قول اللَّه تعالى : ﴿ يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ﴾ ، وباب إذا طلقت =

لتَطْويلِ عِدَّتِها ، والمُصابَةُ تَرْتابُ فلا تَدْرِى أَذاتُ حَمْلٍ هى فتَعْتَدَّ [٣٠٨و] بوَضْعِه أم حائلٌ فتَعْتَدَّ بالقُرُوءِ[1] ؟ ويَحْتَمِلُ أن يتَبَيَّنَ حَمْلُها فيَنْدَمَ على فِراقِها مع ولَدِها .

فأمَّا غيرُ المَدْخُولِ بها ، فلا يَحْرُمُ طَلاقُها ؛ لأنَّها لا عِدَّةَ عليها تطولُ . والصَّغِيرةُ التى لا تَحْمِلُ والآيِسَةُ ، لا يَحْرُمُ طَلاقُهما[2] ؛ لأنَّه لا رِيبَةَ لهما ، ولا وَلَدَ يَنْدَمُ على فِراقِه . وكذلك الحامِلُ التى اسْتَبانَ حَمْلُها ، لا يَحْرُمُ طَلاقُها ؛ لِما رَوَى سالِمٌ عن أبيه ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « ثُمَّ لْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا

= الحائض يعتد بذلك الطلاق ، وباب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، وباب وبعولتهن أحق بردهن فى العدة ، وباب مراجعة الحائض ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب هل يقضى الحاكم أو يفتي وهو غضبان ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٦/ ١٩٣، ٧/ ٥٢، ٥٤، ٧٥، ٧٦، ٩/ ٨٢. ومسلم ، فى : باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ....، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/ ١٠٩٣، ١٠٩٥.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٠٣، ٥٠٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى طلاق السنة ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٢٣، ١٢٤. والنسائى ، فى : باب وقت الطلاق للعدة التى أمر اللّٰه عز وجل أن تطلق لها النساء ، وباب ما يفعل إذا طلق تطليقة وهى حائض ، وباب الطلاق لغير العدة وما يحتسب منه على المطلق ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١١٢، ١١٤، ١١٥. وابن ماجه ، فى : باب طلاق السنة ، وباب الحامل كيف تطلق ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٥١، ٦٥٢. والدارمى ، فى : باب السنة فى الطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٠. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٧٦. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٦، ٤٣، ٥١، ٥٤، ٥٨، ٥٩، ٦١، ٨١، ١٢٤، ١٣٠.

(١) فى م : « بالقرء » .

(٢) فى الأصل : « طلاقها » .

أوْ[1] حَامِلًا » . أخْرجَه مسلمٌ[2] . ولأنَّه لا رِيبةَ لها ، ولا يتَجَدَّدُ لها أمْرٌ يتَجدَّدُ به النَّدَمُ ؛ لأنَّه على بَصِيرَةٍ مِن حَمْلِها .

فصل : ويَقَعُ الطَّلاقُ فى زَمَنِ البِدْعَةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَ بالرَّجْعَةِ ، ولا تكونُ إلَّا بعدَ طَلاقٍ .

ويُسْتَحَبُّ ارْتِجاعُها ؛ لأمْرِ النبىِّ ﷺ به[3] ، ولأنَّه يُزِيلُ الضَّرَرَ الحاصِلَ بالطَّلاقِ . ولا يجِبُ ؛ لأنَّه بمنزلَةِ ابْتِداءِ النِّكاحِ أو اسْتِدامَتِه ، وكِلَاهما غيرُ واجِبٍ . وعنه ، أنَّ الرَّجْعَةَ واجِبَةٌ ؛ لظاهِرِ الأمْرِ . ومتى ارْتَجَعَها ، أُبِيحَ له طَلاقُها فى الطُّهْرِ الذى يَلِى الحَيْضَةَ التى طَلَّقَ[4] فيها قبلَ إصابتِها[5] ؛ لأنَّ فى حديثِ ابنِ عُمَرَ أنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَه أن يُراجِعَها حتى تَطْهُرَ ، ثم إن شاء طَلَّقَ . مُتَّفَقٌ عليه[6] .

---

(1) فى الأصل : « و » .

(2) فى : باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/ ١٠٩٥.
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٠٤. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى طلاق السنة ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٢٤، ١٢٥. والنسائى ، فى : باب ما يفعل إذا طلق تطليقة وهى حائض ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١١٤. وابن ماجه ، فى : باب الحامل كيف تطلق ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٢. والدارمى ، فى : باب السنة فى الطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٦، ٥٨، ٥٩.

(3) فى م : « بها » .

(4) فى ف : « طلقها » .

(5) فى ف : « إتيانها » .

(6) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٢٦، ٤٢٧.

فصل : والأَوْلَى أن يُطَلِّقَها واحدةً ، ثم يدَعَها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ . إلى قولِه : ﴿ لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ۝ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[(١)] . وهذا لا يُمْكِنُ إذا جمعَ الثَّلاثَ . وقال عَلِىٌّ : لو أنَّ الناسَ أخذُوا بما أمَرَ اللَّهُ تعالى مِن الطَّلاقِ ، ما يُتْبِعُ رجلٌ نفسَه امرأةً أبدًا ، يُطَلِّقُها تَطْلِيقَةً ، ثم يدَعُها ما بينَها[(٢)] وبينَ أن تَحِيضَ ثلاثًا ، فمتى شاء راجَعَها[(٣)] .

وهل يَحْرُمُ جَمْعُ الثَّلاثِ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَحْرُمُ ؛ لمُخالَفتِه أمْرَ اللَّهِ فى الطَّلاقِ واحدَةً . وروَى محمودُ بنُ لَبِيدٍ ، قال : أُخْبِرَ رسولُ اللَّهِ ﷺ عن رجلٍ طَلَّقَ امْرَأتَه ثلاثَ تَطْلِيقاتٍ جميعًا ، فغَضِبَ ، وقال : « أَيُلْعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وأنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُم ؟ » . حتى قام رجلٌ فقال : يا رسولَ اللَّهِ ، أَلَا أقْتُلُه ؟ رَواه النَّسائِىُّ[(٤)] . ولأنَّه حَرَّمَ امْرأتَه بالقولِ لغيرِ حاجَةٍ ، فحَرُمَ ، كالظِّهارِ . والثانيةُ ، لا يَحْرُمُ ؛ لأنَّ فى حديثِ فاطِمَةَ بنتِ قَيْسٍ أنَّ زَوْجَها أرْسَلَ إليها بثَلاثِ تَطْلِيقَاتٍ[(٥)] . ولم يُنْقَلْ إنْكارُه عن النبىِّ ﷺ . ولأنَّه طَلاقٌ يجوزُ تفْرِيقُه ، فجاز جَمْعُه ، كطَلاقِ النِّسْوَةِ .

---

(١) سورة الطلاق ١، ٢.

(٢) فى ف : « بينهما » .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٥/ ٤.

(٤) فى : باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١١٦. وهو ضعيف . انظر : مشكاة المصابيح ٢/ ٩٨١.

(٥) تقدم تخريجه فى ٣/ ٣٩، ٤٠ حاشية ٧.

ومتى طَلَّقَها ثلاثًا بكلمةٍ واحدةٍ، أو بكَلِماتٍ، حَرُمَتْ عليه حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه؛ لِما رُوِىَ أنَّ رُكانَةَ بنَ عَبْدِ يَزِيدَ طلَّقَ امْرأتَه سُهَيْمَةَ البَتَّةَ، ثم أتَى رسولَ اللَّهِ ﷺ فقال: يا رسولَ اللَّهِ، طَلَّقْتُ امْرَأتِى سُهَيْمَةَ البَتَّةَ، واللَّهِ ما أرَدْتُ إلَّا واحدَةً. فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «آللَّهِ[1] مَا أَرَدْتَ إِلَّا وَاحِدَةً؟». فقال رُكَانَةُ: آللَّهِ[1] ما أَرَدْتُ إلَّا واحدةً. فقال: «هُوَ مَا أَرَدْتَ». أخْرَجَه[2] التِّرمِذِيُّ[3]. فلو لم تَقَعِ الثَّلاثُ، لم يكنْ لاسْتِحْلافِه[4] مَعْنًى.

فصل: ويَمْلِكُ الحُرُّ ثلاثَ تَطْلِيقاتٍ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: [٣٠٨ظ] ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍۗ﴾[5]. وروَى أبو رَزِينٍ قال: جاء رجلٌ إلى النبيِّ ﷺ فقال: قولُ اللَّهِ تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾. فأين الثالِثَةُ؟ قال: «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»[6].

---

(١) فى م: «واللَّه».

(٢) فى م: «فردها إليه رسول اللَّه ﷺ. رواه».

(٣) بعده فى م: «والدارقطنى، وأبو داود، وقال: الحديث صحيح».

والحديث أخرجه الترمذى، فى: باب ما جاء فى الرجل يطلق امرأته البتة، من أبواب الطلاق. عارضة الأحوذى ٥/ ١٣١، ١٣٢.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى البتة، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥١١. وابن ماجه، فى: باب طلاق البتة، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/ ٦٦١. والدارمى، فى: باب فى الطلاق البتة، من كتاب الطلاق. سنن الدارمى ٢/ ١٦٣. وضعفه فى الإرواء ٧/ ١٣٩ - ١٤٥.

(٤) فى م: «للاستحلاف».

(٥) سورة البقرة ٢٢٩.

(٦) أخرجه أبو داود، فى: المراسيل ١٤٦. وابن أبى شيبة، فى: المصنف ٥/ ٢٥٩، =

وَيَمْلِكُ العبدُ اثْنَتَيْن ، حُرَّةً كانَتْ زوجتُه أو أمَةً ؛ لِما رُوِىَ أنَّ مُكاتَبًا لأُمِّ سَلَمَةَ طَلَّقَ امرأتَه[1] ، وكانَتْ حُرَّةً ، تَطْلِيقتَيْن ، فأرادَ رَجْعَتَها ، فذَهبَ إلى عُثْمانَ ، رضِىَ اللَّهُ عنه ، فوَجَدَه آخِذًا بيَدِ زَيْدِ بنِ ثابتٍ ، فقالَا : حَرُمَتْ عليكَ ، حَرُمَتْ عليكَ[2] . والمُكاتَبُ والمُعْتَقُ بعضُه كالقِنِّ فى ذلك ؛ لأنَّه لم تَكْمُلِ الحُرِّيَّةُ فيه .

فصل : وإن طَلَّقَ العَبْدُ زوجتَه طَلْقَتَين ، ثم عَتَق ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا تَحِلُّ له حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى عدَدَ طَلاقِها ، فأَشْبَهَ الحُرَّ إذا طلَّقَ ثلاثًا . والثانيةُ ، له أن يَنْكِحَها ، وتكونُ عندَه على طَلْقَةٍ واحدةٍ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن النبىِّ ﷺ أنَّه قضَى بذلك . رَواه النَّسائىُّ[3] . وهو قولُ ابنِ عَبَّاسٍ وجابِرٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما .

ويَصِحُّ الطَّلاقُ مِن كلِّ زَوْجٍ بالغٍ عاقِلٍ مُخْتارٍ . فأمَّا غيرُ الزَّوْجِ ، فلا

= ٢٦٠. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ٣٤٠، ٣٤١. والدارقطنى ، فى : سننه ٤/ ٤. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٤٠. والطبرى ، فى : تفسيره ٢/ ٤٥٧.

(١) فى الأصل : « زوجته » .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٦٠.

(٣) فى : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٢٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى سنة طلاق العبد ، من كتاب الطلاق ، سنن أبى داود ١/ ٥٠٥. وابن ماجه ، فى : باب من طلق أمة تطليقتين ثم اشتراها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٧٣. وهو ضعيف . ضعيف سنن النسائى ١٢٣، ١٢٤. ضعيف سنن أبى داود ٢١٥، ٢١٦. ضعيف سنن ابن ماجه ١٦٠.

يَصِحُّ طَلاقُه ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : [1]« الطَّلَاقُ لِمَن أَخَذَ بِالسَّاقِ »[2] . وروَى الخَلَّالُ بإسْنادِه عن عليٍّ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « لَا طَلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ »[3] . وعن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النبيِّ ﷺ[1] قال : « لَا طَلَاقَ إِلَّا [4]فِيمَا تَمْلِكُ[4] » . أخْرَجَه أبو داودَ ، والتِّرْمِذِيُّ[5] . فلو قال : إذا تزوَّجْتُ فُلانَةَ ، أو امْرَأَةً ، فهى طالِقٌ . ثم تزوَّجَها ، لم تَطْلُقْ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه حَلٌّ لقَيْدِ النِّكاحِ قبلَه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال لأجْنَبِيَّةٍ : إذا دَخَلْتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ . ثم تزوَّجَها . وعن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّها تَطْلُقُ إذا تزوَّجَها ؛ لأنَّه يَصِحُّ تعْليقُه على الشَّرْطِ ، فصَحَّ تعْليقُه على حُدُوثِ المِلْكِ ، كالوَصِيَّةِ .

وأمَّا الصَّبِيُّ العاقِلُ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَقَعُ طَلاقُه حتى يَحْتَلِمَ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « رُفِعَ القَلَمُ عن الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ »[6] . ولأنَّه

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٨ .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٠ . وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٤١٦ . وقال البوصيرى : هذا إسناد ضعيف ؛ لاتفاقهم على ضعف جويبر بن سعيد . مصباح الزجاجة ٢/ ١٣٢ .

(٤ - ٤) فى الأصل : « فى ملك » .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٠٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٤٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٩٠ .

(٦) تقدم تخريجه فى ١/ ١٩٨ .

غيرُ مُكلَّفٍ ، أشْبَهَ الطِّفْلَ . والثانيةُ ، أنَّه إن كان ابنَ عَشْرٍ ، وعَقَل الطَّلاقَ ، صَحَّ طَلاقُه . اخْتارَه الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « كلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ ، إلَّا طَلَاقَ المَعْتُوهِ المَغْلُوبِ[1] عَلَى عَقْلِه » . أخْرَجَه التِّرمِذِيُّ[2] . ولأنَّه عاقِلٌ ، أشْبَهَ البالِغَ .

وأمَّا الطِّفْلُ ، والمجْنُونُ ، والنائمُ ، والزَّائِلُ العَقْلِ ؛ لمرضٍ ، أو شُرْبِ دَواءٍ ، أو إكْراهٍ على شُرْبِ الخَمْرِ ، فلا يَقَعُ طَلاقُه ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عن الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وعن النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وعن المجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ »[3] . فثبَتَ فى الثَّلاثَةِ بالخَبَرِ[4] ، وفى غيرِهم بالقِيَاسِ عليهم .

فأمَّا السَّكْرانُ لغيرِ عُذْرٍ ، والشَّارِبُ لِما يُزِيلُ عَقْلَه لغيرِ حاجَةٍ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يقَعُ طَلاقُه . اخْتارَه الخَلَّالُ ، والقاضى ؛ لِما رَوَى ابنُ[5] وَبرَةَ الكَلْبِىُّ ، قال : أرْسَلَنِى خالِدٌ إلى عُمَرَ ، فأَتَيْتُه فى المسجدِ ومعه عُثْمانُ ، وعلىٌّ ، وطَلْحَةُ ، والزُّبَيْرُ ، وعبدُ الرحمنِ ، فقلتُ : إنَّ خَالِدًا يقولُ : إنَّ الناسَ انْهَمَكُوا فى الخَمْرِ ، وتَحاقَرُوا عُقوبَتَه . فقال عُمَرُ : هؤلاء

---

(١) فى الأصل ، م : « والمغلوب » .

(٢) فى : باب ما جاء فى طلاق المعتوه ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٦٦، ١٦٧. وضعفه الألبانى مرفوعا ، وصحح الوقف على علىٍّ . ضعيف سنن الترمذى ١٤٢. الإرواء ٧/ ١١٠، ١١١.

(٣) تقدم تخريجه فى ١/ ١٩٨.

(٤) فى الأصل : « فى الخبر » .

(٥) فى النسخ : « أبو » . والمثبت كما عند الدارقطنى والبيهقى .

عندَك فسَلْهم . فقال عليٌّ : نَراه إذا سَكِرَ هَذَى ، وإذا هَذَى افْتَرَى ، وعلى المُفْتَرِى ثَمانُونَ . فقالَ عُمَرُ : أَبْلِغْ صاحِبَك ما قال[1] . فجَعَلُوه كالصَّاحِى فى فِرْيَتِه ، وأقامُوا مَظِنَّةَ الفِرْيَةِ مُقامَها . ولأنَّه مُكَلَّفٌ ، فوَقَعَ طَلاقُه ، كالصَّاحِى . والثانيةُ ، لا يقَعُ طَلاقُه . اخْتارَها أبو بَكْرٍ ؛ لأنَّ ذلك قَوْلُ عُثْمانَ[2] ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، صحَّ ذلك عنه ، ولأنَّه زائِلُ [٣٠٩و] العَقْلِ ، أشْبَهَ المَجْنُونَ .

وفى قَتْلِه ، وقَذْفِه ، وسَرِقَتِه ، وعِتْقِه ، ونَذْرِه ، وبَيْعِه ، وشِرائِه ، مِثْلُ ما فى طَلاقِه . والأَوْلَى أنَّه لا يَصِحُّ منه تصَرُّفٌ له فيه حَظٌّ ؛ لأنَّ تَصْحِيحَ ما عليه إنَّما كان تَغْلِيظًا عليه ، فيَبْقَى فيما له على الأَصْلِ .

فصل : فأمَّا المُكْرَهُ على الطَّلاقِ ، [3]فإن أُكْرِهَ[3] بحَقٍّ ، كالذى وَجَب عليه الطَّلاقُ ، فأُكْرَهَه الحاكِمُ عليه ، صَحَّ منه ؛ لأنَّه قَوْلٌ حُمِل عليه بحَقٍّ ، فصَحَّ ، كإسْلامِ المُرْتَدِّ . وإن أُكْرِهَ بغيرِ حَقٍّ ، لم يَقَعْ طَلاقُه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « رُفِعَ عَن أُمَّتِى الخَطَأُ ، والنِّسْيانُ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ »[4] . ولأنَّه قَوْلٌ حُمِلَ عليه بغيرِ حَقٍّ ، أشْبَهَ الإكْرَاهَ على كَلِمَةِ الكُفْرِ .

---

(١) فى النسخ : « قالوا » . والمثبت كما فى مصدرى التخريج .

والأثر أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ١٥٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٨/ ٣٢٠.

(٢) علقه البخارى عنه بصيغة الجزم ، فى : باب الطلاق فى الإغلاق ..، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧/ ٥٨. ووصله عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/ ٨٤. وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٥/ ٣٠.

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) تقدم تخريجه فى ١/ ٢١٣.

ولا يكونُ مُكْرَهًا إلَّا بشُروطٍ ثَلاثَةٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ المُكْرِهُ قادِرًا على فِعْلِ ما توَعَّدَه به[1] ، لا يُمْكِنُ دَفْعُه عنه . الثانى ، أنْ يَغْلِبَ على ظَنِّه فِعْلُ ما توَعَّدَه به وإن[2] لم يَفْعَلْ . الثالثُ ، أن يكونَ ضَرَرُه كثيرًا[3] غيرَ مُحْتَمِلٍ ؛ كالقَتْلِ ، والقَطْعِ ، والحَبْسِ الطَّويلِ ، والإخْراجِ مِن الدِّيارِ ، وأخْذِ المالِ ، والإخْراقِ[4] بمَن يَغُضُّ ذلك منه مِن ذَوِى الأقْدارِ ، فأمَّا مَن لا يَغُضُّ ذلك منه ، والتهَدُّدُ[5] بالشَّتْمِ أو الضَّرْبِ اليَسِيرِ ونحوه ، فليس بمُكْرَهٍ .

واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى نَيْلِه بشىءٍ مِن العَذابِ ، هل يُشْتَرطُ فى الإكْراه أو لا ؟ فعنه ، هو شَرْطٌ ، ولا يكونُ الوعِيدُ بمُجَرَّدِه إكْراهًا . هذا الذى ذَكَره الخِرَقِىُّ . لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : ليس الرجلُ أَمِينًا على نَفْسِه إذا أجَعْتَه[6] ، أو أوْثَقْتَه[7] . ولأنَّ الوَعِيدَ بمُجَرَّدِه لا يَتحقَّقُ وُقوعُه به . والثانيةُ ، ليس بشَرْطٍ . وهو الصَّحيحُ ؛ لأنَّ الوعيدَ بالمُسْتَقْبَلِ هو المُبِيحُ دونَ ما مَضَى منه ، لكَوْنِ الماضِى لا يُمْكِنُ دَفْعُه ، وقد اسْتَوَيا فى الوعيدِ ، فيَسْتَوِيان فى عَدَمِ الوُقوعِ ، ولأنَّ المُهَدَّدَ بالقَتْلِ إذا امْتنَعَ ، قُتِلَ ، فوَجَبَ أن تَثْبُتَ الإباحَةُ بمُجَرَّدِ التَّهْدِيدِ ، دَفْعًا لضَرَرِ القَتْلِ عنه .

فصل : وأمَّا السَّفِيهُ المُبَذِّرُ ، فيَقَعُ طَلاقُه ؛ لأنَّه زَوْجٌ مُكَلَّفٌ ، فيَقَعُ

---

(١) بعده فى الأصل : « لأنه » .
(٢) فى م : « إن » .
(٣) فى م : « كبيرا » .
(٤) فى النسخ : « الإحراق » . وانظر المغنى ٣٥٣/١٠ ، والشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ١٥٥/٢٢ . والإخراق : الإهانة والغضاضة .
(٥) فى م : « المهدد » .
(٦) فى ف : « أخفته » . وفى م : « أوجعته » .
(٧) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٤١١. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٥٩.

طَلاقُه ، كالرَّشِيدِ ، والحَجْرُ إنَّما هو فى مالِه ، لا فى غيرِه .

فصل : وإن قال العَجَمِىُّ لامرأتِه : أنتِ طالقٌ . ولا يَعْلَمُ مَعْناه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لم يَخْتَرِ الطَّلاقَ ؛ لعَدمِ عِلْمِه بمَعْناه . فإن نَوَى مُوجَبَه ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه لا يتَحقَّقُ اخْتِيارُه لِما لا يَعْلَمُه ، فأَشْبَهَ ما لو نَطَق بكَلِمَةِ الكُفْرِ مَن لا يعْرِفُ مَعْناها . ويَحْتَمِلُ أن تَطْلُقَ ؛ لأنَّه أتَى بالطَّلاقِ ناوِيًا مُقْتَضاه ، فوَقَعَ ، كما لو عَلِمَه . وهكذا العَرَبِىُّ إذا نَطَق بلَفْظِ الطَّلاقِ بالعَجَمِيَّةِ غيرَ عالمٍ بمَعْناه .

فصل : وإذا طَلَّقَ جُزْءًا مِن زوْجَتِه ، كثُلُثِها ورُبُعِها ، أو عُضْوًا منها ، كيَدِها وأُصْبُعِها ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّه لا يتَبَعَّضُ ، فإضافَتُه إلى البَعْضِ إضافَةٌ إلى الجميعِ ، كالقِصَاصِ .

وإن أضَافَه إلى الشَّعَرِ والسِّنِّ والظُّفُرِ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّ هذه تَزُولُ ويخْرُجُ غيرُها ، فلم يَقَعْ بإضافَتِه إليها ؛ كالرِّيقِ . وإن أضافَه إلى الرِّيقِ والدَّمْعِ والعَرَقِ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه ليس مِن ذَاتِها ، إنَّما هو مُجَاوِرٌ لها . وإن أضافَه إلى سَوادِها أو بَياضِها ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه عَرَضٌ[1] ليس مِن ذاتِها . وإن أضافَه إلى رُوحِها ، فقال أبو بكرٍ : لا يقَعُ ؛ لأنَّها ليست عُضْوًا ، ولا جُزْءًا ، ولا شيئًا يُسْتَمْتَعُ به ، ولا يَحِلُّ العَقْدُ به . وقال أبو الخَطَّابِ : يَقَعُ بإضافَتِه إلى رُوحِها ودَمِها ؛ لأنَّ [٣٠٩ظ] دَمَها مِن أجْزائِها ، فهو كلَحْمِها ، ورُوحَها بها قِوامُها . وإن أضافَه إلى الحَمْلِ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه ليس مِن أعْضائِها ، وإنَّما

---

(١) فى الأصل : « عوض » .

هو مُودَعٌ فيها .

فصل : إذا قال لزَوْجَتِه : أنا منكِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه مَحَلٌّ لا يَقَعُ الطَّلاقُ بإضافَتِه إليه مِن غيرِ نِيَّةٍ ، فلم يَقَعْ بنِيَّةٍ ، كالأجْنَبِيِّ ، ولأنَّه لو قال : أنا طالِقٌ . لم يقَعْ به طَلاقٌ ، فكذلك إذا قال : أنا منكِ طالقٌ . كالأَجْنَبِيِّ .

وإن قال : أنا منكِ بائنٌ . أو : بَرِیءٌ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يقَعُ طَلاقُه ؛ لأنَّه لا يَقَعُ بإضافَةِ[1] صَرِيحِهِ[2] إليه ، فكذلك كِنايَتُه . والثانى ، يَقَعُ ؛ لأنَّ البَيْنُونَةَ والبَراءَةَ يُوصَفُ بها الرجُلُ ، فيُقالُ : بانَ منها ، وبانَت منه . ولأنَّه عِبارَةٌ عن قَطْعِ الوُصْلَةِ التى بينَهما ، فصَحَّ إضافَتُه إلى كلٍّ واحدٍ منهما .

---

(١) فى ف : « بإضافته » .

(٢) فى ف ، م : « صريحة » .



بابُ صَريحِ الطَّلاقِ وكِنايَتِه

لا يَقَعُ الطَّلاقُ بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ ، فلا يَحْصُلُ بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كالعِتْقِ . ولو قال : أنتِ . ونَوَى الطَّلاقَ ، وأشارَ بأُصْبُعِه[1] ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه ليس مِن كِناياتِ الطَّلاقِ ولا صَرِيحِه .

ولا يَقَعُ الطَّلاقُ إلَّا بصَرِيحٍ أو كِنايَةٍ ، فالصَّرِيحُ لَفْظُ الطَّلاقِ وما تصَرَّفَ منه ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ له على الخُصُوصِ ، ثَبَت له عُرْفُ الشَّرْعِ والاسْتِعْمالِ . فإذا قال : أنتِ طالقٌ . أو : مُطَلَّقَةٌ . أو : طَلَّقْتُكِ . أو : يا مُطَلَّقَةُ . فهو صَرِيحٌ . وذَكَر أبو بكرٍ في[2] : أنتِ مُطَلَّقَةٌ . رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّه ليس بصَرِيحٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ طَلاقًا ماضِيًا . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ مِن لَفْظِ الطَّلاقِ ، فكان صَرِيحًا ، كقولِه : طَلَّقْتُكِ .

ولو قيل له : أطَلَّقْتَ امْرَأتَكَ ؟ قال : نعم . كان صريحًا ؛ لأنَّ الجَوابَ يَرْجِعُ إلى السُّؤالِ ، فصارَ كالمَلْفُوظِ به . ولو قال : قد كان بعضُ ذلك . وفَسَّرَه بتَعْليقِه على شَرْطٍ ، قُبِلَ ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ .

وإن قال : أنتِ الطَّلاقُ . فهو صَرِيحٌ . نصَّ عليه ؛ لأنَّه لَفَظَ بالطَّلاقِ ،

---

(١) في م : « بأصابعه » .

(٢) بعده في م : « قوله » .

وهو مُسْتَعْمَلٌ فى عُرْفِهم ، قال الشاعِرُ[1] :

فأنتِ الطَّلاقُ وأنتِ الطَّلاقُ وأنـتِ الـطَّـلاقُ ثـلاثًـا تمـامًـا

ويَحْتَمِلُ أن لا يكونَ صَرِيحًا ؛ لأنَّه وَصَفَها بالمَصْدَرِ ، وأَخْبَرَ به عنها ، وهذا تَجوُّزٌ .

وفى لَفْظِ الفِراقِ والسَّراحِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو صَرِيحٌ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ؛ لأنَّه وَرَد فى القرآنِ ، فهو كلَفْظِ الطَّلاقِ . والثانى ، ليس بصَرِيحٍ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ؛ لأنَّه مَوْضُوعٌ لغيرِه ، يَكْثُرُ اسْتِعْمالُه فى غيرِ الطَّلاقِ ، أَشْبَهَ سائرَ كِناياتِه . وما عدَا هذا فليس بصَرِيحٍ ؛ لأنَّه لم يثْبُتْ له عُرْفُ الشَّرْعِ ولا الاسْتِعْمالِ .

وإن لَطَم زوْجَتَه وقال : (2)هذا طَلاقُكِ(2) . فهو صَرِيحٌ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ . وذَكَر القاضى أنَّه منْصُوصُ أحمدَ ؛ لأنَّه أتَى بلَفْظِ الطَّلاقِ . وكذلك على قِياسِه إن أطْعَمَها وقال : هذا طَلاقُكِ .

فصل : [٣١٠و] وإذا أتَى بصَرِيحِ الطَّلاقِ ، وَقَع ، نواه أو لم يَنْوِه ، جادًّا كان أو هازِلًا ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قال : « ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، والنِّكَاحُ ، وَالرَّجْعَةُ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[3] ، وقال : حديثٌ حسنٌ .

---

(١) نسبه ابن قتيبة مع بيت آخر إلى أعرابى قالهما فى امرأته . عيون الأخبار ٤/ ١٢٧.

(٢ - ٢) فى ف : « هكذا طلاقك » .

(٣) فى : باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى =

وإن أرادَ التَّلَفُّظَ بغيرِ الطَّلاقِ ، فسبَقَ لِسانُه إليه ، كأن أرادَ : أنتِ طاهِرٌ . فسَبَقَ لِسانُه إلى : أنتِ طالقٌ . أو أرادَ : فارَقْتُكِ بقَلْبِى . أو : ببَدَنِى . أو سَرَّحْتُكِ مِن يَدِى . أو : سَرَّحْتُ رأْسَكِ . أو : طَلَّقْتُكِ مِن وَثاقِى . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه عَنَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُه ، فوَجَبَ صَرْفُه إليه . فإذا ادَّعَى ذلك ، دُيِّنَ[1] فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ . فأمَّا فى الحُكْمِ ، فإن كان ذلك فى حالِ الغَضَبِ ، أو سُؤالِها الطَّلاقَ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه يُخالِفُ الظاهِرَ مِن وَجْهَيْن ؛ مُقْتَضَى اللَّفْظِ ، ودَلالَةِ الحالِ . وإن كان فى غيرِهما ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه يُقْبَلُ ؛ لأنَّه فَسَّر[2] كلامَه بما يَحْتَمِلُه احْتِمالًا غيرَ بعيدٍ ، فقُبِلَ ، كما لو كَرَّر لَفْظَةَ الطَّلاقِ وأرادَ بالثانيةِ التأْكِيدَ . وعنه ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يُخالِفُ الظاهِرَ ، فلم يُقْبَلْ ، كما لو أقَرَّ بدِرْهَمٍ ، ثم فسَّرَه بدِرْهَمٍ صغيرٍ ، أو رَدِىءٍ . وإن نَطَق بهذه الصِّلاتِ ، لم يَقَعِ الطَّلاقُ . وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّه وَصَل كلامَه بما يُغَيِّرُ مُقْتَضاه ، فأشْبَهَ ما لو وَصَلَه بشَرْطٍ ، أو قال : له عَلَىَّ دِرْهَمٌ صغيرٌ .

وإن قال : طَلَّقْتُ زَوْجَتِى . وقال : أرَدْتُ فى نِكاحٍ غيرِ هذا . أو قال : يا مُطَلَّقَةُ . وقال : أرَدْتُ مِن زَوْجٍ قبلِى . دُيِّنَ فى ذلك . فأمَّا فى الحُكْمِ ،

= ٥/ ١٥٦، ١٥٧.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٠٧. وابن ماجه ، فى : باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٨. وحسنه فى الإرواء ٦/ ٢٢٤ - ٢٢٨.

(١) ديَّن الرجلَ فى القضاء وفيما بينه وبين اللَّه : صدقه . لسان العرب (د ى ن) .

(٢) بعده فى الأصل : « كل » .

فإن لم يكنْ وُجِدَ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُه . وإن كان وُجِدَ فهل يُقْبَلُ ؟ على وَجْهَيْن ؛ لِما ذَكَرْناه .

فصل : وما عَدا الصَّريحَ مِن الألفاظِ قِسْمان ؛ أحدُهما ، ما لا يُشْبِهُ الطَّلاقَ ولا يدُلُّ على الفِراقِ[1] ، كقولِه : اقْعُدِى . و : قُومِى . و : اقْرُبى . و : كُلِى . و : اشْرَبى . و : أَطْعِمِينِى . و : اسْقِينى . و : ما أحْسَنَكِ . و : بارَكَ اللَّهُ عليكِ . و : أنتِ جميلَةٌ . أو : قَبِيحَةٌ . ونحو هذا ، فلا يَقَعُ به طَلاقٌ وإن نَواه ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُ الطَّلاقَ ، فلو أوْقَعْناه ، لوَقَعَ بمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، ولا سَبِيلَ إليه . والثانى ، ما يُشْبِهُ الطَّلاقَ ويَدُلُّ على ما مَعْناه ، فهو كِنايَةٌ فيه ، إن نَوَى به الطَّلاقَ ، وَقَع ؛ لأنَّه نَوَى بكَلامِه ما يَحْتَمِلُه . وإن لم يَنْوِ شيئًا ، ولا دَلَّتْ عليه قَرِينَةٌ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه ظاهِرٌ فى غيرِ الطَّلاقِ ، فلم يَنْصَرِفْ[2] إليه عندَ الإطْلاقِ ، كما لا يَنْصَرِفُ الصَّرِيحُ إلى غيرِه . وإن كان جَوابًا لسُؤالِها الطَّلاقَ ، وَقَع . نَصَّ عليه ؛ لدَلالَةِ الحالِ عليه ، فإنَّ الجوابَ مَبْنِيٌّ على السُّؤالِ ، فيُصْرَفُ إليه ، كما لو قِيلَ : أَطَلَّقْتَ ؟ فقال : نعم .

وإن أتَى بالكِنايَةِ حالَ الخُصُومَةِ والغَضَبِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَقَعُ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ دَلالَةَ الحالِ تُغَيِّرُ حُكْمَ الأقْوالِ والأفْعالِ ، ولذلك كان قولُ حَسَّانَ[3] :

---

(١) بعده فى ف : « ولا يشبه الفراق » .

(٢) فى الأصل ، م : « يصرف » .

(٣) كذا نسبه لحسان ، وليس فى ديوانه ، وهو لأنس بن زنيم ، فى السيرة ٤/ ٤٢٤. وخزانة =

فما حَمَلَتْ مِن ناقةٍ فوقَ رَحْلِها[1] أبَرَّ وأوْفَى ذِمَّةً مِن مُحَمَّدِ

مَدْحًا جميلًا . وقَوْلُ النَّجاشِيِّ[2] :

قُبَيِّلَةٌ لا يَغْدِرُونَ بذِمَّةٍ ولا يَظْلِمُونَ الناسَ حَبَّةَ خَرْدَلِ

هِجاءً قَبِيحًا ، [٣١٠ظ] مع اسْتِوائِهِما فى الخَبَرِ عن[3] الوَفاءِ بالذِّمَّةِ ؛ لدَلالَةِ الحالِ عليه[4] . والثانيةُ ، لا يَقَعُ ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى الطَّلاقِ ، ولا نَوَى به الطَّلاقَ ، فلم يَقَعْ به الطَّلاقُ ، كحالِ الرِّضا . ويتَخَرَّجُ فى جَوابِ السُّؤالِ مثلُ ذلك . ويَحْتَمِلُ التَّفْرِيقُ بينَ الكِناياتِ ، فما[5] كَثُرَ اسْتِعْمالُه منها فى غيرِ الطَّلاقِ ، كقَوْلِه : اذْهَبِى . و : اخْرُجِى . و : رُوحِى . لا يَقَعُ بغيرِ نِيَّةٍ بحالٍ ؛ لأنَّه أتَى بما جَرَتِ العادَةُ باسْتِعْمالِه بغيرِ الطَّلاقِ كثيرًا ، فلم يكنْ طَلاقًا ، كحالِ الرِّضا . وما نَدَر اسْتِعْمالُه ، كقَوْلِه : اعْتَدِّى . و : حَبْلُكِ على غارِبِكِ . و : أنتِ بائنٌ . و : بَتَّةٌ . إذا أتَى به[6] حالَ الغَضَبِ ، أو سؤالِ الطَّلاقِ ، كان طَلاقًا ؛ لدَلالَةِ اسْتِعْمالِه المُخالِفَ لعادَتِه فى خُصُوصِ هذه الحالِ على إرادَةِ الفِراقِ . فأمَّا إن قَصَد بالكِنايَةِ غيرَ الطَّلاقِ ،

= الأدب ٦/ ٤٧٤. ولأنس ولآخرين فى الإصابة ٣/ ٥. وغير منسوب فى زهر الآداب ٢/ ١٠٩٣.

(١) فى الأصل : « حملها » .

(٢) قيس بن عمرو بن مالك ، والبيت ، فى : الشعر والشعراء ١/ ٣٣١. والعقد الفريد ٢/ ٢٩٧، ٦/ ١٤٥. وانظر ترجمته ، فى : الإصابة ٦/٤٩١ - ٤٩٤.

(٣) فى الأصل : « على » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « فيما » .

(٦) فى م : « فى » .

لم يَقَعْ على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لو قَصَد ذلك بالصَّرِيحِ لم يَقَعْ ، فبالكِنايةِ[(١)] أَوْلَى .

فصل : والكناياتُ ثلاثَةُ أقْسامٍ ؛ ظاهِرَةٌ ، وخَفِيَّةٌ ، ومُخْتلَفٌ فيها .

فالظاهِرَةُ سِتَّةُ أَلْفاظٍ ؛ خَلِيَّةٌ ، وبَرِيَّةٌ ، وبَائِنٌ ، وَبتَّةٌ ، وبتْلَةٌ ، وأمْرُكِ بِيَدِكِ . وفيها رِوايَتانِ ؛ إحْداهُما ، هي ثلاثٌ وإن نَوَى واحدةً ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن عليٍّ ، وابنِ عُمَرَ ، وزَيْدٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عنهم ، ولم يُنْقَلْ خِلافُهم في عَصْرِهم ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّه لَفْظٌ يقْتَضِي البَيْنُونَةَ بالطَّلاقِ ، فوَقَعَ ثَلاثًا ، كما لو طَلَّق ثلاثًا . والثانيةُ ، يَقَعُ ما نَواه . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ؛ لحدِيثِ رُكَانَةَ الذى قدَّمْناه[(٢)] ، ولأنَّه أحَدُ نَوْعَيِ الطَّلاقِ ، فإذا نَوَى به واحدةً ، لم يُزَدْ عليها ، كالصَّرِيحِ . فإن لم يَنْوِ عَدَدًا[(٣)] ، وَقَع ثلاثًا . ورَوَى عنه حَنْبَلٌ أنَّه يَقَعُ به واحدةٌ بائنَةٌ ؛ لأنَّه لَفْظٌ اقْتَضَى البَيْنُونَةَ دونَ العَدَدِ ، فوَقَعَت واحِدَةٌ بائنَةٌ ، كالخُلْعِ .

فأمَّا الخَفِيَّةُ فنحوُ : اخرُجِي . و : اذْهَبِي . و : ذُوقِي . و : تجَرَّعِي . و : أَغْناكِ اللَّهُ . لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾[(٤)] . وأشْبَاهُ هذا ، فهذا يَقَعُ به ما نَواه ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ له ، وإن لم يَنْوِ شيئًا ، وَقَعَت واحدةٌ ؛ لأنَّه اليَقِينُ .

---

(١) فى م : « فالكنايةُ » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٠.

(٣) فى م : « شيئا » .

(٤) سورة النساء ١٣٠.

وأمَّا المُخْتَلَفُ فيها : فالحَقِى بأَهْلِكِ . و : حَبْلُكِ على غَارِبِكِ . و : تزَوَّجِي مَن شِئْتِ . و : اعْتَدِّى . و : غَطِّى شَعَرَكِ . و : أنتِ حُرَّةٌ . و : قد أعْتَقْتُكِ . و : لا سَبِيلَ لى عليكِ . و : أنتِ علَىَّ حَرَجٌ . ففيها رِوايَتان ؛ إحْداهما ؛ هى ظاهِرَةٌ ؛ لأنَّها فى مَعْنَى الظاهِرَةِ . والأُخْرَى ، هى خَفِيَّةٌ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لمَّا دَخلَتْ عليه ابْنَةُ الجَوْنِ قال : « لَقَدْ عُذْتِ بعَظِيم ، الْحَقِى بأَهْلِكِ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولم يكنِ النبىُّ ﷺ لِيُطَلِّقَ ثلاثًا وقد نَهَى أُمَّتَه عنه . و[2] رَوى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال لسَوْدَةَ بنتِ زَمْعَةَ : « اعْتَدِّى » . فجعَلَها طَلْقَةً . مُتَّفَقٌ عليه[3] .

وفى مَعْنَى هذه اللَّفَظاتِ : اسْتَبْرِئِى رَحِمَكِ . و : حَلَلْتِ للأَزْواجِ . و : تَقَنَّعِى . و : لا سُلْطانَ لى عليكِ . فيُخَرَّجُ فيها وَجْهان .

فصل : فإن قال : أنتِ علَىَّ حرامٌ . ففيه ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، أنَّها ظِهارٌ ، نَوَى الطَّلاقَ أو لم يَنْوِه . ذَكَره الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧/ ٥٣.

كما أخرجه النسائى ، فى : باب مواجهة الرجل المرأة بالطلاق ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٢٢. وابن ماجه ، فى : باب ما يقع به الطلاق من الكلام ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦١. والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٩٨، ٥/ ٣٣٩. ولم يعزه المزى إلى مسلم . تحفة الأشراف ٢/ ٥٤١. وانظر الإرواء ٧/ ١٤٦.

(٢) بعده فى ف : « قد » .

(٣) أخرجه البيهقى بسند ضعيف ، فى : باب ما جاء فى كنايات الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن الكبرى ٧/ ٣٤٣. وابن سعد مرسلا ، فى : الطبقات الكبرى ٨/ ٥٣، ٥٤. وليس عند البخارى ولا مسلم ، وانظر إرواء الغليل ٧/ ١٤٦، ١٤٧.

عُثْمانَ ، وابنِ عَبَّاسٍ . ولأنَّه صريحٌ فى تَحْرِيمِها ، فكان ظِهارًا ، كقولِه : أنتِ علىَّ كظَهْرِ أُمِّى . والثانيةُ ، هو كِنايَةٌ فى الطَّلاقِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن علىٍّ ، وزَيْدٍ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . ولأنَّ الطَّلاقَ تَحْرِيمٌ ، فصَحَّتِ الكِنايةُ عنه بالحَرَامِ ، كقَوْلِه : أنتِ الحَرَجُ . فإن لم يَنْوِ الطَّلاقَ [١١٣و] ، كان ظِهارًا . فعلى هذه الرِّوايةِ ، تكونُ كِنايةً ظاهِرَةً ، فيها مِن الخِلافِ مثلُ ما تقدَّمَ . والثالثةُ ، أنَّه يُرْجَعُ فيه إلى نِيَّتِه ؛ إن نَوَى اليمينَ كانَ يَمِينًا ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن (١أبى بكرٍ١) الصِّدِّيقِ ، وعُمَرَ ، و(٢)عائشةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . ولأنَّه تَحْرِيمٌ لامرأةٍ ، فكان يَمِينًا ، كتَحْرِيمِ الأمَةِ .

وإن قال : أنتِ علىَّ حرامٌ ، أعْنِى به الطَّلاقَ . ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، أنَّه طَلاقٌ . وهى المشْهُورةُ ؛ لأنَّه صَرَّح(٣) بلَفْظِ الطَّلاقِ . والثانيةُ ، هى ظِهارٌ ؛ لأنَّه لا يَصْلُحُ كِنايةً فى الطَّلاقِ ، فلم يَصِرْ طلاقًا بقولِه : أعْنِى به الطَّلاقَ . كقَوْلِه(٤) : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى .

وإن قال : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . يَنْوِى به الطَّلاقَ ، كان ظِهارًا ، ولم يَقَعْ به الطَّلاقُ ؛ لأنَّه صَرِيحٌ فى الظِّهارِ ، فلم يكنْ كِنايَةً فى غيرِه . ولو صرَّحَ به فقال : أعْنِى به الطَّلاقَ . لم يَصِرْ طَلاقًا ؛ لأنَّه لا تصْلُحُ الكِنايَةُ به .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده فى م : « عن » .

(٣) فى م : « صريح » .

(٤) سقط من : الأصل .

وإن قال : أنتِ عليَّ كالمَيْتةِ والدَّمِ . ونوَى به الطَّلاقَ ، فهو طَلاقٌ ؛ لأنَّه يُشْبِهُ الطَّلاقَ ، فصَحَّ أن يُكْنَى به عنه . وإن نَوَى الظِّهارَ ، كان ظهارًا ؛ لأنَّه يُشبِهُه . وإن نَوَى اليَمِينَ ، كان يمينًا ؛ لأنَّه يُشْبِهُها . وإن لم يَنْوِ شيئًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يكونُ ظِهارًا ؛ لأنَّ مَعْناه : أنتِ علَيَّ حرامٌ كالمَيْتةِ . والآخرُ ، يكونُ يَمِينًا ولا يكونُ طَلاقًا ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ ، فلا[1] يَقَعُ به الطَّلاقُ مِن غيرِ نِيَّةٍ .

فصل : ويجوزُ للرجلِ تفْوِيضُ الطَّلاقِ إلى زوْجَتِه ؛ لِما رَوَتْ عائشةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، قالَت : لمَّا أُمِرَ رسولُ اللَّهِ ﷺ بتَخْيِيرِ أزْواجِه ، بَدَأ بِى ، فقال : « إنِّى[2] لمُخْبِرُكِ خبَرًا ، فَلَا عَلَيْكِ أن لا تَعْجَلِى حَتَّى تَسْتأْمِرِى أَبَوَيْكِ » . ثم قال : « إنَّ اللَّهَ تعالَى قالَ : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ ٱلْحَيَوٰةَ ٱلدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾ . حتى بلَغَ : ﴿ فَإِنَّ ٱللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَٰتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ﴾[3] . فقلتُ : [4]فى أىِّ[4] هذا أسْتَأْمِرُ أبوَىَّ ! فإنِّى أُرِيدُ اللَّهَ ورسولَه والدارَ الآخِرةَ . ثم فَعَلَ أزْواجُ النبىِّ ﷺ مثلَ[5] ما فعلتُ . مُتَّفَقٌ عليه[6] .

---

(١) فى الأصل : « ولأنه » .

(٢) بعده فى الأصل : « لما » .

(٣) سورة الأحزاب ٢٨، ٢٩.

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ وإن كنتن تردن اللّه ورسوله ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٦/ ١٤٧ . ومسلم ، فى : باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/ ١١٠٣ . =

وهو على ضَرْبَيْن ؛ أحَدُهما ، تفويضُه بلَفْظٍ صَرِيحٍ ، فيقولُ[1] : طَلِّقِى نفْسَكِ . فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها واحدةً[2] ليس لها أكْثَرُ منها ؛ لأنَّ الأمْرَ المُطْلَقَ يتناولُ أقَلَّ ما يَقَعُ عليه الاسْمُ ، كما لو وَكَّلَ فيه أجْنَبِيًّا ، إلَّا أن يَجْعَلَ إليها أكْثَرَ مِن ذلك بلَفْظِه أو نِيَّتِه . نصَّ عليه ؛ لأنَّه نَوَى بكلامِه ما يَحْتَمِلُه . والقولُ قولُه فى نِيَّتِه ؛ لأنَّه أعلمُ بها .

ولها أن تُطَلِّقَ بلَفْظِ الصَّرِيحِ والكنايَةِ مع النِّيَّةِ ؛ لأنَّ الجميعَ طَلاقٌ ، فيَدْخُلُ فى لَفْظِه .

ولها (٣أن تُطَلِّقَ٣) متى شاءَت ؛ لأنَّه تَوْكِيلٌ فى الطَّلاقِ مُطْلَقٌ ، فأَشْبَهَ تَوْكِيلَ الأَجْنَبِيِّ . وقال القاضِى : يتَقَيَّدُ بالمجْلِسِ ؛ قِياسًا على التَّخْيِيرِ .

فصل : الضربُ الثانى ، تفويضُه إليها بلَفْظِ الكِنايَةِ ، وهو نَوْعان ؛ أحدُهما ، أن يَقُولَ : أمْرُكِ بيَدِكِ . فيكونَ لها أن تُطَلِّقَ نفسَها ما شاءَت ، ومتى شاءَت ؛ لأنَّه نَوْعُ تَوْكِيلٍ بلَفْظٍ يَقْتَضِى العُمومَ فى جميعِ أمْرِها ، فأَشْبَهَ ما لو قال : طَلِّقِى نفسَكِ ما شِئْتِ ، ومتى شِئْتِ . وقد رُوِىَ عن

= كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ومن سورة الأحزاب ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢/ ٨٤. والنسائى ، فى : باب ما افترض اللّٰه عز وجل على رسوله ﷺ ...، من كتاب النكاح ، وفى : باب التوقيت فى الخيار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ٤٥، ٤٦، ١٣٠. وابن ماجه ، فى : باب الرجل يخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٧٨، ١٥٣، ١٦٣، ١٧٣، ٢٤٠، ٢٤٨، ٢٦٤.

(١) فى ف : « كقوله » .

(٢) بعده فى الأصل : « و » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

عليٌّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، فى رجلٍ جَعَل أمْرَ امْرَأتِه بيَدِها ، قال : هو لها حتى يَنْكُلَ . وعن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّه إن نَوَى واحدَةً ، فهى واحدَةٌ ؛ لأنَّه نَوْعُ تَخْيِيرٍ ، فرُجِعَ إلى نِيَّتِه ، كالتَّخْيِيرِ .

النوعُ الثانى ، أن يقولَ لها : اخْتارِى . فليس لها أن تخْتارَ أكثرَ مِن واحدَةٍ ، إلَّا أن يجْعَلَ إليها أكْثَرَ مِن ذلك بلَفْظِه أو نِيَّتِه ، كما[1] ذكَرْنا [٣١١ظ] فى قولِه : طَلِّقِى نفسَكِ .

وليس لها أن تخْتارَ إلَّا عَقِيبَ تَخْيِيرِه ، قبلَ أن يقْطَعَا ذلك بالأَخْذِ فى كلامٍ غيرِه ، أو قيامِ أحَدِهما عن مَجْلِسِه ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن عُمَرَ ، وعُثْمانَ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وجابِرٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . ولأنَّه خِيارُ تَمْلِيكٍ ، فكان على الفَوْرِ ، كخِيارِ القَبُولِ .

وإن جَعَل إليها أكْثَرَ مِن ذلك بلَفْظِه ، أو نِيَّتِه ، أو قَرِينَةٍ ، فهو على ما جَعَل إليها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال لعائشةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها : « فَلَا عَلَيْكِ أَن لَا تَعْجَلِى حَتَّى تَسْتَأْمِرِى أَبَوَيْكِ » .

وللزَّوْجِ الرُّجوعُ فيما فَوَّضَه إليها قبلَ تَطْلِيقِها ؛ لأنَّه نوعُ تَفْوِيضٍ ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ فيه ، كتَوْكِيلِ الأجْنَبِىِّ . وإن وَطِئَها كان رُجوعًا ؛ لدَلالَتِه على رَغْبَتِه فيها ، ورُجُوعِه عمَّا جَعَل إليها .

فصل : ولفْظَةُ الخِيارِ وأمْرُكِ بيَدِكِ ، كِنايَةٌ فى حَقِّ الزَّوْجِ ؛ لأنَّه ليس

---

(١) فى الأصل : « لما » .

بصَرِيحٍ فى إرادَةِ الطَّلاقِ ، فلم يَنْصَرِفْ إليه بغيرِ نِيَّةٍ . وإن نَوَى به إيقَاعَ الطَّلاقِ فى الحالِ ، وَقَع ؛ لأنَّه يصْلُحُ كِنايَةً عن الطَّلاقِ ، فأَشْبَهَ سائرَ كِناياتِه . وإن نَوَى به التَّفْوِيضَ ، فطَلَّقَتْ نفسَها بلَفْظٍ صَرِيحٍ ، وَقَع مِن غيرِ نِيَّةٍ .

وإن لم تَخْتَرْ شيئًا ، لم يَقَعْ بها شىءٌ . وكذلك إنِ اخْتارَتْ زَوْجَها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ خَيَّرَ أزْواجَه فاخْتَرْنه ، فلم يكنْ طَلاقًا . قالت عائشةُ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها : خَيَّرَنا رسولُ اللَّهِ ﷺ أفكان[1] طَلاقًا[2] . ولأنَّه تَفْوِيضٌ للطَّلاقِ[3] إليها ، فلم يقَعْ به بمُجَرَّدِه طَلاقٌ ، كقَوْلِه : طَلِّقِى نَفْسَكِ . وإن قالت : قَبِلْتُ . فليس بشىءٍ ؛ لأنَّ ذلك يَنْصَرِفُ إلى قَبُولِ التَّفْوِيضِ ، فهو كقَبُولِ التَّوْكِيلِ . وإن قالَت : اخْتَرْتُ نَفْسِى . أو[4] : أهْلِى . أو : أبَوَىَّ .

---

(١) فى م : « فكان » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب من خير نساءه ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧/ ٥٥. ومسلم ، فى : باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢/ ١١٠٣، ١١٠٤. وأبو داود ، فى : باب فى الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥١٠. والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الخيار ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٣٨. والنسائى ، فى : باب ما افترض اللَّه عز جل على رسوله ﷺ ..، من كتاب النكاح ، وفى : باب فى المخيرة تختار زوجها ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ٤٦، ١٣١، ١٣٢. وابن ماجه ، فى : باب الرجل يخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦١. والدارمى ، فى : باب فى الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٤٥، ٤٧، ٤٨، ١٧١، ٢٠٢، ٢٠٥.

(٣) فى الأصل : « الطلاق » .

(٤) فى الأصل : « و » .

أو : الأزْواجَ . أو : لا[1] تَدْخُلْ علَيَّ . أو[2] نحوَ هذا مِمَّا يَحْتَمِلُ إرادَةَ الطَّلاقِ ، فهو كِنايَةٌ يفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ ، فاعْتُبِرَتِ النِّيَّةُ فيه ، كالكِنَاياتِ . فإن نَوَت به الطَّلاقَ ، كان طَلاقًا ، وإلَّا فلا .

ويقَعُ به واحدَةٌ ، إلَّا أن يَنْوِىَ الثلاثَ ، إذا جَعَل إليها ثَلاثًا . وإن مَلَّكَهَا ثلاثَ تَطْلِيقاتٍ بلَفْظِه ، أو بنِيَّتِه ، فطَلَّقَت ثلاثًا ، وقَعَ ثلاثًا . وإن طَلَّقَتْ أقَلَّ منها ، وقَعَ ؛ لأنَّ مَن مَلَك ثلاثًا ، ملَكَ واحدَةً ، كالزَّوْجِ .

وإن قال : اخْتَارِى . فاخْتارَتْ نفسَها ، ونَوَيا ثَلاثًا ، وقَعَتِ الثَّلاثُ ، وإن نَوَى أحدُهما طَلْقَةً والآخرُ أكْثَرَ منها ، وَقَعَت طَلْقَةٌ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ يفْتَقِرُ إلى تَمْليكِ الزَّوْجِ وإيقاعِ المرأةِ ، فالزائدُ لم يُوجَدْ فيه إلَّا أحَدُهما ، فلم يَقَعْ .

فصل : وإن قال لزَوْجَتِه : وَهَبْتُكِ لنَفْسِكِ . أو[3] : لأَهْلِكِ . فهو كِنايَةٌ ؛ إن نَوَى به الإيقاعَ ، وَقَع ، وإن لم يَنْوِ الإيقاعَ فى الحالِ ، فهو كِنايَةٌ فى حَقِّهما[4] ، يفْتَقِرُ إلى قَبُولِهم والنِّيَّةِ مِن الزَّوْجِ ومنهم ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ . فإن نَوَيا الطَّلاقَ دونَ العَدَدِ ، وَقَعَت واحدَةٌ ، يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ . وإن نَوَيا جميعًا عددًا ، وَقَع . وإن نَوَى أحدُهما أكْثَرَ مِن الآخَرِ ، وَقَع الأقَلُّ ؛ لاتِّفاقِهما عليه . وإن رَدُّوها ، لم يَقَعْ شىءٌ ؛ لأنَّه تَمْليكٌ للبُضْعِ ، فافْتَقَرَ إلى

---

(١) فى م : « ألا » .

(٢) فى م : « و » .

(٣) فى الأصل : « و » .

(٤) فى الأصل : « حقها » .

القَبُولِ ، كقولِه : اخْتارِى . وإن باعَها لغيرِه ، لم يَقَعْ به طَلاقٌ وإن نَوَى ؛ لأنَّه لا يتَضَمَّنُ معْنَى الطَّلاقِ ، لكونِه مُعاوَضَةً ، والطَّلاقُ مُجَرَّدُ إسْقاطٍ .

فصل : ويَصِحُّ تَفْوِيضُ الطَّلاقِ إلى غيرِ الزَّوْجَةِ ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ ، فصَحَّ التَّوْكِيلُ فيه ، كالعِتْقِ . [٣١٢و] فإذا قال لرجلٍ : طَلِّقْ زَوْجَتِى . أو[١] : أمْرُهَا بيَدِكَ . فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فى جَعْلِ[٢] ذلك إلى الزَّوْجَةِ على ما مَضَى . فإن وَكَّلَ اثْنَيْن ، لم يَمْلِكْ أحدُهما طَلاقَها مُنْفَرِدًا ، وإن جَعَل إليهما[٣] طَلاقًا ثلاثًا ، فطَلَّقَها أحدُهما ثلاثًا ، والآخَرُ واحدَةً ، وَقَعَت واحدَةٌ ؛ لاتِّفاقِهِما عليها[٤] . ولو لم يَبْقَ مِن طَلاقِها إلَّا واحِدَةٌ ، فطَلَّقَها الوَكِيلُ ثلاثًا ، وَقَعَتِ الواحِدَةُ ؛ لأنَّ المَحَلَّ لا يَتَّسِعُ لأكْثَرَ منها[٥] .

فصل : ولا يَقَعُ الطَّلاقُ بغيرِ اللَّفْظِ إلَّا فى مَوْضِعَيْن ؛ أحَدُهما ، الأَخْرَسُ إذا أشارَ بالطَّلاقِ ، وَقَعَ طَلاقُه ؛ لأنَّه يحتاجُ إلى الطَّلاقِ ، فقامَت إشارَتُه فيه مَقامَ نُطْقِ غيرِه ، كالنِّكاحِ . ويقَعُ مِن العَدَدِ ما أشارَ إليه ؛ لأنَّ إشارَتَه كلَفْظِ غيرِه . وأمَّا غيرُ الأخْرَسِ ، فلا يَقَعُ الطَّلاقُ بإشارَتِه ؛ لأنَّه لا ضَرُورَةَ به إليها ، فلم يَصِحَّ منه بها ، كالنِّكاحِ .

الثانى ، إذا كَتَب طَلاقَ زَوْجَتِه ونَوَاه ، وَقَع ؛ لأنَّه حُروفٌ يُفْهَمُ منها

---

(١) فى الأصل : « و » .

(٢) فى ف : « طلب » .

(٣) فى الأصل : « إليها » .

(٤) فى الأصل : « عليهما » .

(٥) فى م : « من هذا » .

صَرِيحُ الطَّلاقِ ، أَشْبَهَ النُّطْقَ . وإن كَتَب صَرِيحَ الطَّلاقِ مِن غيرِ نِيَّةٍ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحداهما ، يَقَعُ ؛ لذلك . والثانيةُ ، لا يَقَعُ ؛ لأَنَّ الكِتابَةَ[1] تَحْتَمِلُ الطَّلاقَ ، وامْتِحانَ الخَطِّ ، وغيرَه ، فلم تَطْلُقْ بمُجَرَّدِها ، كالكِنَاياتِ . وإن قَصَد بالكِتابَةِ[2] امْتحانَ الخَطِّ ، أو غيرَ الطَّلاقِ ، لم يقَعْ ؛ لأنَّه لو قصَدَ بالنُّطْقِ [3]غيرَ الطَّلاقِ[3] لم يقَعْ ، فالكِتابَةُ[4] أوْلَى . وإن قَصَد غَمَّ أَهْلِه ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه يقَعُ ؛ لأَنَّ ذلك لا يُنافِى الوُقُوعَ ، فيَغُمُّ أَهْلَه بوُقُوعِ الطَّلاقِ بهم . وعنه فى مَن قَصَد تَجْوِيدَ الخَطِّ ، أنَّه يقَعُ طَلاقُه أيضًا[5] ؛ لأنَّه لا[6] يتَنافَى تَجْوِيدُ الخَطِّ وإيقاعُ الطَّلاقِ . وإنِ ادَّعَى إرادَةَ ما يَنْفِى وُقوعَ الطَّلاقِ ، دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَين .

وإن كتَبَه بشىءٍ لايَبِينُ[7] ، ككِتابَتِه بأُصْبُعِه على وِسادَةٍ ، أو فى الهَواءِ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يقَعُ ؛ لأنَّ الكِتابَةَ بما لا يَتَبَيَّنُ كالهَمْسِ بلِسَانِه بما لا يُسْمَعُ . وقالَ أبو حَفْصٍ : يقَعُ ؛ لأنَّه كتَبَ حُروفَ الطَّلاقِ ، أشْبَهَ كِتابتَه بما يَبِينُ[8] .

---

(١) فى الأصل ، م : « الكناية » .

(٢) فى الأصل ، م : « بالكناية » .

(٣) فى الأصل : « غيره » .

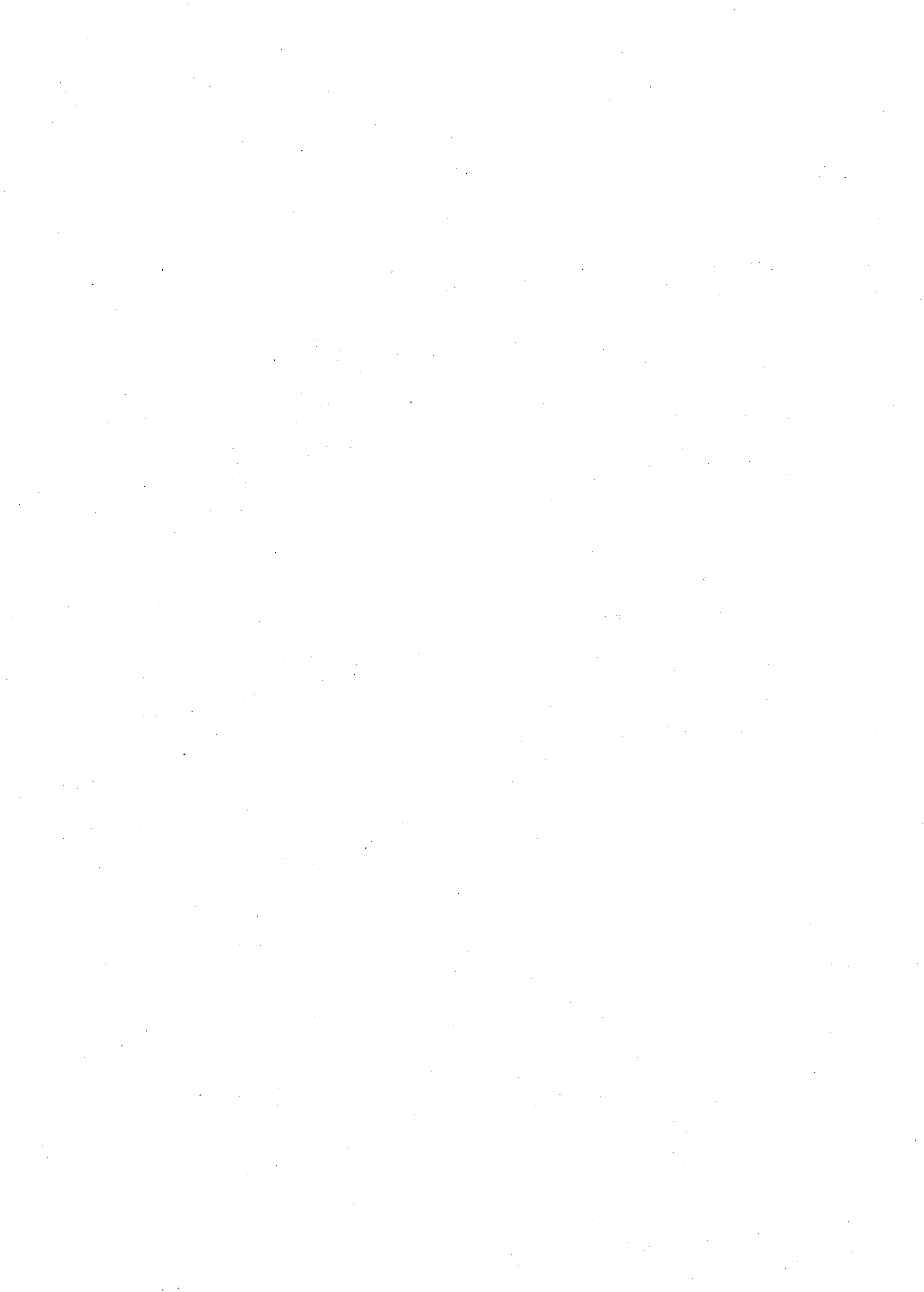
(٤) فى الأصل ، م : « فالكناية » .

(٥) زيادة من : الأصل .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى م : « يتبين » .

(٨) فى ف : « يتبين » .



بابُ مَا يَخْتَلِفُ به عَدَدُ الطَّلاقِ

إذا قال لزَوْجَتِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا . فهى ثلاثٌ وإن نَوَى واحدةً ؛ لأنَّ لَفْظَه نَصٌّ فى الثَّلاثِ لا يَحْتَمِلُ غيرَها ، والنِّيَّةُ إنَّما تَصْرِفُ اللَّفْظَ إلى بعضِ مُحْتَمِلاتِه . وإن قال : أنتِ طالقٌ واحدَةً . فهى واحدةٌ وإن نَوَى ثلاثًا ؛ لأنَّ لَفْظَه لا يَحْتَمِلُ أكثرَ منها . وكذلك إن قال : أنتِ واحِدَةٌ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ . ولم يَنْوِ عدَدًا ، فهى واحدَةٌ . وإن نَوَى ثلاثًا أو اثْنَتَيْن ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يقَعُ إلَّا واحدةٌ ؛ لأنَّ لَفْظَه لا يتَضَمَّنُ عدَدًا ولا بَيْنُونَةً ، فلم يَقَعْ به ثلاثٌ ، كالتى قبلَها . والثانيةُ ، يقَعُ[1] ما نَوَاه ؛ لأنَّه نَوَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُه ؛ بدَليلِ أنَّه يصِحُّ تفْسِيرُه به ، فأَشْبَهَ الكِنايَةَ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلاقًا . أو : الطَّلاقَ . وقَعَ ما نَوَاه ؛ لأنَّه صرَّحَ بالمَصْدَرِ ، وهو يقَعُ على القليلِ والكثيرِ . وإن أطْلَقَ ، وَقَع بقَوْلِه : أنتِ طالقٌ طَلاقًا . واحِدَةٌ ؛ [٣١٢ظ] لأنَّه اليقينُ . وفى قولِه : طالقٌ الطَّلاقَ . رِوايَتان ؛ إحْداهما ، تَطْلُقُ ثلاثًا ؛ لأنَّ الألِفَ واللَّامَ للاسْتِغْراقِ . والثانيةُ ، تقَعُ واحدةٌ ؛ لأنَّ الأَلِفَ واللَّامَ اشْتَهَر اسْتِعْمالُها فى الطَّلاقِ لغيرِ الاسْتِغْراقِ ، كقَوْلِه : « أبْغَضُ الحَلَالِ إلى اللَّهِ الطَّلاقُ »[2] . وإذا قالَ : فارَقْتُكِ . لَزِمَه

---

(١) بعده فى م : « به » .

(٢) تقدم تخريجه مرفوعا فى صفحة ٤٢٥ .

الطَّلاقُ . و : مَن أُكْرِهَ على الطَّلاقِ . وكذلك فى غيرِه مِن الأجْناسِ ، كقولِه : « إغْسِلِيه بالماءِ »[1] . و : « عليك بالصَّعِيدِ »[2] . و : تَيَمَّمْ بالتُّرابِ . فيجبُ حَمْلُه على اليَقِينِ . وهكذا إن قال : أنتِ الطَّلاقُ . أو : الطَّلاقُ يلْزَمُنِى . أو : لازِمٌ لى . أو : علَىَّ الطَّلاقُ . أو : أنتِ علَىَّ حَرامٌ ، أعْنِى به الطَّلاقَ . فالحُكْمُ فيه على ما ذكَرْنا . وقد نَصَّ أحمدُ فى مَن قال : أنتِ علَىَّ حرامٌ ، أعْنِى به الطَّلاقَ . أنَّه ثلاثٌ ، ومَن قالَ : أعْنِى به طَلاقًا . فهى واحدةٌ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ كلَّ الطَّلاقِ . أو : جَمِيعَه . أو : أكْثَرَه . أو : مُنْتَهاه . طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ ذلك هو الطَّلاقُ الثلاثُ . وإن قال : أنتِ طالقٌ كعَدَدِ الماءِ . أو[3] : الرِّيحِ . أو : التُّرابِ . أو : كألْفٍ . طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّه يَقْتَضِى العَدَدَ . فإن قال : أرَدْتُ[4] أنتِ طالقٌ طَلْقَةً صُعوبَتُها كألْفٍ . قُبِلَ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما قالَه .

وإن قال : أنتِ طالقٌ مِلْءَ الدُّنْيا . أو : أشَدَّ الطَّلاقِ . أو : أغْلَظَه . أو : أطْوَلَه . أو : أعْرَضَه . طَلُقَتْ واحدَةً ؛ لأنَّ ذلك لا يقْتَضِى عددًا ، والطَّلْقَةُ الواحدةُ تُوصَفُ[5] بكَوْنِها يَمْلأُ[6] الدُّنْيا ذِكْرُها ، وأنَّها أشَدُّ الطَّلاقِ عليها ؛

---

(١) تقدم تخريجه فى ١/ ١٢، ١٣.
(٢) تقدم تخريجه فى ١/ ١٤٣.
(٣) فى الأصل : « و » .
(٤) سقط من : ف ، م .
(٥) فى الأصل : « تتصف » .
(٦) فى م : « ملء » .

لضَرَرِها بها ، فلم يَقَعِ الزائدُ بالشَّكِّ . فإن نَوَى ثلاثًا ، وقعَتْ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُها .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ مِن واحِدَةٍ إلى ثلاثٍ . طَلُقَتْ طَلْقَتَيْنِ ؛ لأنَّ ما بعدَ الغايَةِ لا يدْخُلُ فيها بمُقْتَضَى اللَّفْظِ ، وإنِ احْتَمَلَ دُخولَه ، لم نُوقِعْه[1] بالشَّكِّ . وعنه ، تَطْلُقُ ثلاثًا ؛ لأنَّ ما بعدَ « إلَى »[2] قد يدْخُلُ مع ما قَبْلَها ، كقَوْلِه : ﴿ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى ٱلْمَرَافِقِ ﴾[3] .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً فى طَلْقَتَيْن . ونَوَى الثَّلاثَ ، وَقَع ؛ لأنَّ « فـى » تُسْتَعْمَلُ بمَعْنى « مع »[4] كقولِه تعالَى : ﴿ فَٱدْخُلِى فِى عِبَٰدِى ﴾[5] . وإن نَوَى واحدَةً ، لم يقَعْ أكْثَرُ منها ؛ لأنَّه إنَّما أوْقَعَ[6] واحدَةً .

وإن أَطْلَقَ ولا يَعْرِفُ الحِسَابَ ، وقعَتْ واحدةٌ ، فتَطْلُقُ بقَوْلِه : أنتِ طالقٌ . ولا يقَعُ بقَوْلِه : فى ثِنْتَين . شيءٌ ؛ لأنَّه لا يَعْرِفُ مُقْتَضاه . ويَحْتَمِلُ أنَّه إنْ[4] كان فى عُرْفِهم اسْتِعْمالُ ذلك للثَّلاثِ ، طَلُقَتْ ثَلاثًا ؛ لأنَّ الظاهِرَ إرادَةُ ما تَعارَفُوه . فإن نَوَى مُوجَبَه فى الحسابِ ، احْتَمَلَ أن تكونَ نِيَّتُه

---

(١) فى الأصل : « يوقع » .

(٢) فى الأصل : « الغاية » .

(٣) سورة المائدة ٦.

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سورة الفجر ٢٩.

(٦) فى الأصل ، ف : « وقع » .

كعَدَمِها . قالَه القاضِى . واحتَملَ أن تَطْلُقَ طَلْقَتَيْنِ . هذا قولُ ابنِ حامِدٍ . ووَجْهُ القَوْلَين ما ذكَرْنا فيما إذا نَوَى العَجَمِىُّ بلَفْظِ الطَّلاقِ مُوجَبَه عندَ العَرَبِ . وإن كان يَعرِفُ الحِسابَ ، وَقَع طَلْقَتان ؛ لأنَّ ذلك مُوجَبُه عندَهم . وإن لم يَنْوِ ، فقال أبو بكرٍ : يقَعُ طَلْقَتان ؛ لأنَّه مَوْضُوعُه عندَهم . ويَحْتَمِلُ أن تَقَعَ واحدَةٌ ؛ لِما ذكَرْنا فى غيرِ الحاسِبِ[1] .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً ، بل طَلْقَتَيْن . وَقَع طَلْقَتانِ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّ ما لفَظَ به بعدَ الإضْرابِ يدْخُلُ فيه ما لَفَظَ به قبلَه ، فلم يَلْزَمْه أكْثَرُ منه ، كما لو قال : له علىَّ دِرْهَمٌ ، بل دِرْهَمان . وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً ، بل طَلْقَةً . [٣١٣و] طَلُقَتْ واحدَةً ، كما لو قال : له علَىَّ دِرْهَمٌ ، بل دِرْهَمٌ . وهكذا إن قال : أنتِ طالقٌ ، بل أنتِ طالقٌ . نَصَّ عليه . ويَحْتَمِلُ أن يَقَعَ طَلْقَتانِ . وإن نوَى به طَلْقَتَيْنِ ، وقَع طَلْقَتان ؛ لأنَّه قَصَد إيقاعَ طَلْقتَين بلَفْظَين .

وإن قال : أنتِ طالقٌ ، بل هذه الأُخرَى . طَلُقَتا معًا ؛ لأنَّه أوْقَعه بكلٍّ واحدةٍ منهما ، فأَشْبَهَ ما لو قال : له علَىَّ هذا الدِّرْهَمُ ، بل هذا . ولو قال : أنتِ طالقٌ واحدةً ، بل هذه ثلاثًا . طَلُقَتِ الأُولَى واحدةً ، والثانيةُ ثَلاثًا .

وإن قال : أنتِ طالِقٌ هكذا . وأشارَ بأَصابِعِه الثَّلاثِ ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ التَّفْسِيرَ يحْصُلُ بالإشارَةِ ؛ بدليلِ قولِ النبىِّ ﷺ : « الشَّهْرُ هَكَذَا

---

(١) فى ف : « الحساب » .

وهَكذَا [(١] وهكذا [١)] » . وإن قال : أرَدْتُ بعَدَدِ المَقْبُوضَتَيْن . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُه .

فصل : وإذا طَلَّقَها جُزْءًا مِن طَلْقَةٍ ، طَلُقَتْ واحدةً ؛ لأنَّ ذِكْرَ بعضِ ما لا يتَبَعَّضُ كذِكْرِ جميعِه ، كما لو قال : نِصْفُكِ طالقٌ . وإن قال : أنتِ طالقٌ نِصْفَىْ طَلْقَةٍ . طَلُقَتْ[(٢)] طَلْقةً ؛ لأنَّ ذلك طَلْقَةٌ . وإن قال : ثلاثةَ أنْصافِ طَلْقَةٍ . طَلُقَتْ طَلْقتَيْنِ ؛ لأنَّه طَلْقَةٌ ونِصْفٌ ، فيُكَمَّلُ النِّصْفُ بالسِّرايَةِ ، فيَصِيرُ طَلْقتَيْن . وإن قال : نِصْفَ طَلْقتَيْن . طَلُقَتْ واحدةً ؛ لأنَّ نِصْفَ الطَّلْقَتَيْن طَلْقَةٌ . وإن قال : أردْتُ مِن كلِّ واحدةٍ جُزْءًا . طَلُقَت طَلْقتَيْن ؛ لأنَّه أقَرَّ على نفسِه بما هو أغْلَظُ . وإن قال : نِصْفَىْ طَلْقتَيْن .

(١ - ١) سقط من : ف .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب قول النبى ﷺ : « إذا رأيتم الهلال فصوموا ، وإذا رأيتموه فأفطروا » . وباب قول النبى ﷺ : « لا نكتب ولا نحسب » . من كتاب الصوم ، وفى : باب اللعان وقول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ...﴾ ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٣/ ٣٤، ٣٥، ٧/ ٦٨. ومسلم ، فى : باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال ...، وباب الشهر يكون تسعا وعشرين، من كتاب الصيام. صحيح مسلم ٢/٧٥٩ - ٧٦١، ٧٦٤. وأبو داود ، فى : باب الشهر يكون تسعًا وعشرين ، من كتاب الصيام . سنن أبى داود ١/ ٥٤٢. والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على إسماعيل فى خبر سعد بن مالك فيه ، وباب ذكر الاختلاف على يحيى بن أبى كثير فى خبر أبى سلمة فيه ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤/ ١١٢ - ١١٤. وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى « الشهر تسع وعشرون » ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١/ ٥٣٠. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ١٨٤، ٢/ ٢٨، ٤٣، ٤٤، ٥٢، ٨١، ١٢٢، ١٢٥، ٣/ ٣٢٩، ٥/ ١٨٢.

(٢) فى الأصل : « وقعت » .

وَقَعَت طَلْقَتان ؛ لأَنَّ نِصْفَي[1] الشيءِ كلُّه . وإن قال : ثلاثَةَ أنصافِ طَلْقتَيْن . طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأَنَّ نِصْفَ الطَّلْقتَيْن طَلْقَةٌ ، وقد كرَّرَه ثلاثًا . ويَحْتَمِلُ أن يقَعَ طَلْقَتان ، ويكونَ مَعْناه : ثلاثَةَ أنْصافٍ مِن طَلْقَتَيْن .

وإن قال : أنتِ طالقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ ، ثُلُثَ طَلْقَةٍ ، سُدُسَ طَلْقَةٍ . أو : نِصْفَ وثُلُثَ وسُدُسَ طَلْقَةٍ . طَلُقَت طَلْقَةً ؛ لأَنَّ هذه أَجْزاءُ طَلْقَةٍ . وإن قال : نِصْفَ طَلْقَةٍ ، وثُلُثَ طَلْقَةٍ ، وسُدُسَ طَلْقَةٍ . طَلُقَت ثلاثًا ؛ لأَنَّ عَطْفَ جُزْءِ الطَّلْقَةِ على جُزْءٍ آخَرَ يدُلُّ على المُغايَرَةِ ، فيَقَعُ جُزْءٌ مِن كلِّ طَلْقَةٍ ، ثم يُكَمَّلُ بالسِّرَايَةِ .

وإن قال : أنتِ[2] نِصْفُ طالقٍ . طَلُقَت واحدَةً ، كما لو قال : نِصْفُكِ طالقٌ . وإن قال : أنتِ نِصْفُ طَلْقَةٍ . طَلُقَتْ واحدةً ، كما لو قال : أنتِ الطَّلاقُ .

فصل : فإن قال لأرْبَعِ نِسائِه : أوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ - أو - علَيْكُنَّ ، طَلْقَةً . طَلُقَت كلُّ واحدَةٍ طَلْقَةً ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدةٍ رُبُعَ الطَّلْقَةِ ، ثم تُكَمَّلُ . فإن قال : طَلْقَتَين . فكذلك عندَ أبي الخَطَّابِ ؛ لأنَّه إذا قُسِمَ لم تَزِدْ كلُّ[3] واحدةٍ على طَلْقَةٍ ، وكذلك إن أوْقعَ بَيْنَهُنَّ ثلاثًا أو أرْبَعًا . وإن أوْقَعَ بَيْنَهُنَّ خَمْسًا ، طَلُقَت كلُّ واحدةٍ طَلْقَتَيْن ؛ لأَنَّ لكلِّ واحدَةٍ طَلْقَةً ورُبُعًا ،

---

(١) في الأصل : « نصف » .

(٢) بعده في ف : « طالق » .

(٣) سقط من : الأصل .

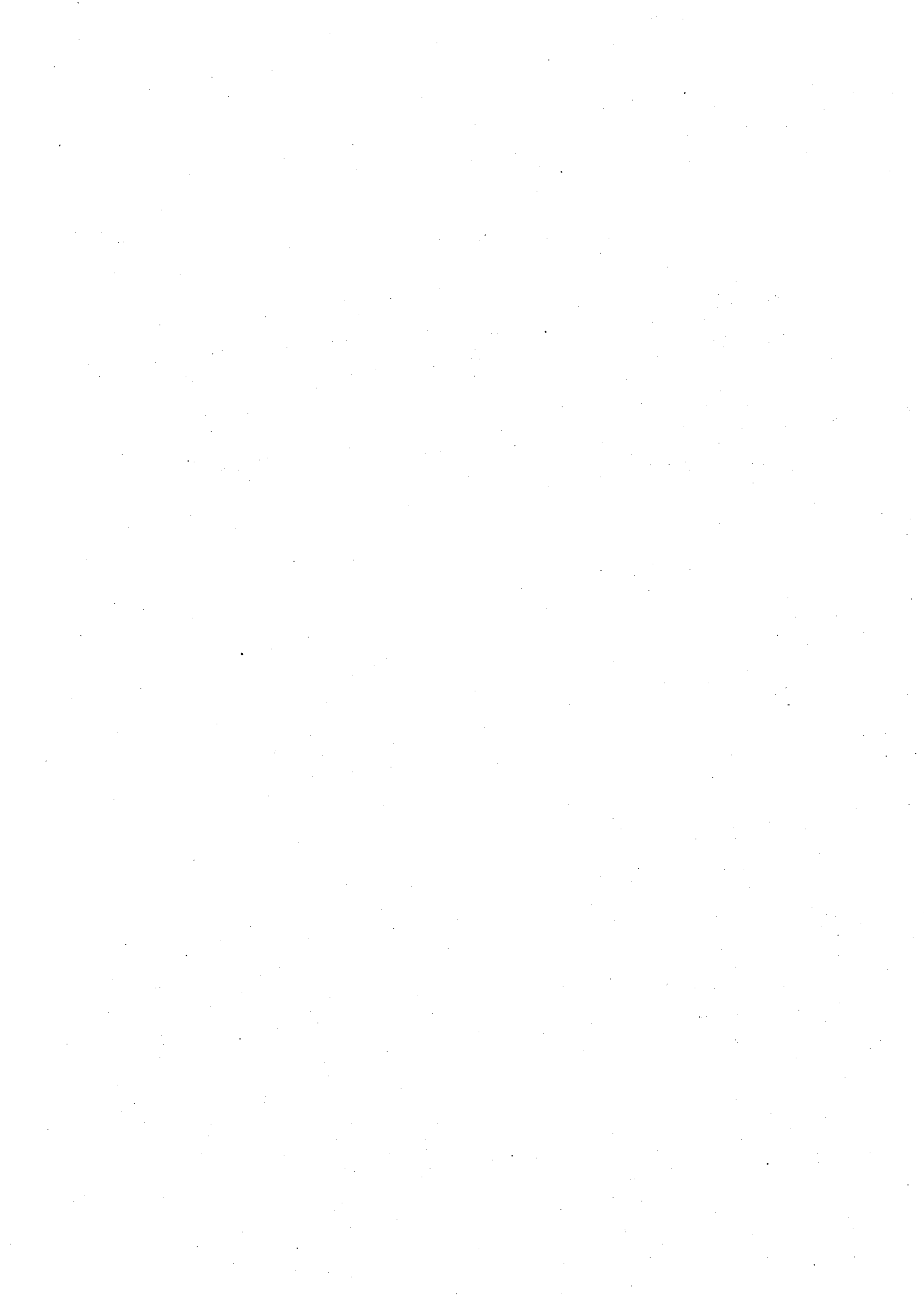
فيُكَمَّلُ الرُّبُعُ طَلْقَةً . وروَى الكَوْسَجُ[1] عن أحمدَ : إذا قال : أوْقَعْتُ بيْنَكُنَّ ثلاثَ طَلَقاتٍ : ما أَرَى إلَّا قَدْ بِنَّ منه . فظاهِرُه أنَّه [2]قد أوْقَعَ[2] بكلٍّ واحدَةٍ ثلاثًا ؛ لأنَّ نَصِيبَ كلٍّ واحدةٍ مِن كلِّ طَلْقَةٍ رُبُعٌ ، ثم يُكمَّلُ بالسِّرَايَةِ . وهذا قولُ أبى بكرٍ والقاضِى . وعلى هذا يتَفرَّعُ ما أشْبَهَه .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً لا تقَعُ عليكِ . أو : لا يَنْقُصُ به عدَدُ طَلاقِكِ . أو : لا شىءَ . أو : ليس بشىءٍ . طَلُقَتْ ؛ لأنَّه أوْقَعَ الطَّلاقَ ، ثم وَصَفَه بما لا يَتَّصِفُ به ، فلَغَتِ الصِّفَةُ ، وبَقِيَ الطَّلاقُ بحالِه . وإن قال : أنتِ طالقٌ أو لا ؟ لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه [٣١٣ظ] لم يُوقِعْه وإنَّما اسْتَفْهَمَ عنه ، فلم يَقَعْ .

---

(١) إسحاق بن منصور بن بهرام الكوسج المروزى ، أبو يعقوب ، العالم الفقيه ، وهو الذى دوَّن عن الإمام أحمد المسائل فى الفقه ، توفى بنيسابور سنة إحدى وخمسين ومائتين . طبقات الحنابلة ١/١١٣ - ١١٥، العبر ٢/ ١.

(٢ - ٢) فى الأصل : « وقع » .



باب ما يَخْتَلِفُ به حُكْمُ المدْخُولِ بها وغيرِها

إذا قال : أنتِ طالقٌ ، أنتِ طالقٌ . لغيرِ مدْخُولٍ بها ، طَلُقَتْ واحِدَةً ؛ لأنَّها بانَتْ بالأُولَى ، فلم يقَعْ بها ما بعدَها ؛ لأنَّه أوْقَعَه على بائنٍ . وكذلك كلُّ طَلاقٍ يترَتَّبُ فى الوُقُوعِ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ ثم طالقٌ . أو : طالقٌ فطالقٌ . أو[1] : طالقٌ بل طالقٌ وطالقٌ . أو : طالقٌ طَلْقَةً فطَلْقَةً . [2]أو : طَلْقَةً[2] قبلَ طَلْقَةٍ . أو : بعدَ[3] طَلْقَةٍ . أو : بعدَها طَلْقَةً . لم يقَعْ إلَّا واحدةٌ ؛ لذلك[4] .

وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَتَين . طَلُقَتْ طَلْقَتَين ؛ لأنَّه أوْقَعَهما معًا فى مَحَلٍّ قابِلٍ لهما . ولو قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً معها طَلْقَةٌ . طَلُقَتِ اثْنَتَيْن[5] ؛ لأنَّ لَفْظَه يقْتَضِى وُقُوعَهما معًا . وكذلك لو قال : أنتِ طالقٌ وطالقٌ . طَلُقَتِ اثْنَتَيْن[5] ؛ لأنَّ الواوَ تقْتَضِى الجَمْعَ دُونَ التَّرْتِيبِ ، فأَشْبَهَتْ ما قبلَها .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) من هنا تبدأ نسخة مصورة من جامعة الإمام محمد بن سعود ، ويرمز لها بالرمز (س ٣) .

(٤) فى م : « كذلك » .

(٥) فى م : « طلقتين » .

فإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقةً قبلَها طَلْقَةٌ . فكذلك فى قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه تعَذَّرَ وُقوعُ الثانيةِ قبلَ الأُولَى ، فوَقَعَتْ معها . وقال القاضى : لا يقَعُ إلَّا طَلْقَةٌ ؛ لأنَّه أوْقَعَهما مُتَرَتِّبَتَيْن[1] ، فتَقَعُ الأُولَى وتَلْغُو الثانيةُ ، كقولِه : طَلْقَةً قبلَ طَلْقةٍ . ومتى قال شيئًا مِن ذلك لمَدْخُولٍ بها ، طَلُقَت طَلْقَتَين ؛ لأنَّها لا تَبِينُ بالأُولَى .

ولو قال لها : إن قُمْتِ فأنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ . أو[2] : أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ إن قُمْتِ . أو قال : إنْ قُمْتِ فأنتِ طالقٌ ، إنْ قُمْتِ فأنتِ طالقٌ ، [3]إن قُمْتِ فأنتِ طالقٌ[3] . فقامَت ، طَلُقَت ثلاثًا ، مدْخُولًا بها أو[2] غيرَ مَدْخُولٍ بها[4] ؛ لأنَّه لا تَرْتِيبَ فيه . وإن قال : إن قُمْتِ فأنتِ طالقٌ ، ثم طالقٌ ، ثم طالقٌ . فقامَت ، طَلُقَت واحدَةً إن كانَت غيرَ مَدْخُولٍ بها ، وثلاثًا إن كان دَخَل بها .

فصل : وإذا قال لمَدْخُولٍ بها : أنتِ طالقٌ طَلْقةً قبلَها طَلْقَةٌ . وقال : أرَدْتُ أنِّى طَلَّقْتُها فى نِكاحٍ آخرَ . أو : طَلَّقَها زَوْجٌ قَبْلِى . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ فيه ثلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ ذلك . والثانى ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه يُخالِفُ الظاهِرَ . والثالثُ ، إن كان وُجِد ،

---

(١) فى الأصل : « مرتين » .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) بعده فى ف : « وثلاثا إن كان دخل بها » .

قُبِلَ ؛ لأنَّ احْتِمالَ إرادَةِ ذلك شائعٌ ، ولا يُقْبَلُ إن لم يكنْ وُجِد ؛ لأنَّه كَذِبٌ . وإن قال : بعدَها طَلْقَةٌ . وقال : أرَدْتُ طَلْقَةً أُوقِعُها فيما بعدُ . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَين . وإن قال : أردْتُ بقَوْلِى : أنتِ طالقٌ ، أنتِ طالقٌ . التأْكيدَ بالثانيةِ . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ لِما قالَه . وإن أَطْلَقَ ، طَلُقَت طَلْقَتَين ؛ لأنَّ اللَّفْظَ الثانِىَ كالأوَّلِ ، فيَقْتَضِى مِن الوُقُوعِ ما اقْتَضاه الأوَّلُ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ طالقٌ . فهى واحدةٌ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ الثانىَ لا يَصْلُحُ وَحْدَه للاسْتِئْنافِ ، فيَنْصَرِفُ إلى التأْكيدِ ؛ كقولِ النبىِّ ﷺ : « فَنكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ »[1] . وإن قَصَد بالثانى الإيقاعَ ، طَلُقَت طَلْقَتَين ، ويُقَدَّرُ له ما يَتِمُّ الكلامُ به . وإن قال : أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ . فهى ثلاثٌ . [٣١٤و] وإن قال : أردْتُ بالثانيةِ التَّوْكِيدَ . دُيِّنَ ، ولم يُقْبَلْ فى الحُكْمِ ؛ لأنَّه غايرَ بينَهما بحَرْفٍ . وإن أرادَ بالثالثةِ التَّوْكِيدَ ، قُبِلَ فى الحُكْمِ ؛ لأنَّها مثلُ الثانيةِ فى لَفْظِها .

وكذلك إذا قال : أنتِ طالقٌ ، فطالقٌ ، فطالقٌ[2] . أو : طالقٌ ، ثم طالقٌ ، [3]ثم طالقٌ[3] . وإن قال : أنتِ طالقٌ ، وطالقٌ ، فطالقٌ . أو : طالقٌ ، فطالقٌ ، ثم طالقٌ . وقال : أرَدْتُ التَّوْكِيدَ . لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه غايَرَ بينَ الحُروفِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٢٣.

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

وإن غايَرَ بينَ الألْفاظِ ، فقالَ : أنتِ مُطَلَّقَةٌ ، أنتِ مُسَرَّحَةٌ ، أنتِ مُفارَقَةٌ . وقال : أردْتُ بالثانيةِ والثالثةِ التَّوْكِيدَ . قُبِلَ ؛ لأنَّه لم يُغايِرْ بينَ الحُروفِ العامِلَةِ فى الكلامِ ، بخِلافِ التى قبلَها .

بابُ الاسْتِثْناءِ فى الطَّلاقِ

يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ فى الطَّلاقِ ؛ لأنَّه لُغَةُ العَرَبِ ، ونَزَل به القرآنُ . وقال أبو بَكْرٍ : لا يَصِحُّ فى عددِ الطَّلَقاتِ ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ إلى رَفْعِ الواقِعِ منها . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّه اسْتِثْناءٌ فى الطَّلاقِ ، فجازَ ، كما فى عَدَدِ المُطَلَّقاتِ ، وليس الاسْتِثْناءُ رَفْعًا لواقِعٍ ؛ إذ لو كان كذلك لم يَصِحَّ فى الإقْرارِ ، ولا فى عَدَدِ المُطَلَّقاتِ ، وإنَّما يَمْنَعُ دُخُولُ المُسْتَثْنَى[1] فى المُسْتَثْنَى منه .

ولا يَصِحُّ اسْتِثْناءُ الكلِّ ، ولا الأَكْثَرِ . وفى اسْتِثْناءِ النِّصْفِ وَجْهان ؛ لِمَا نذْكُرُ فى الإقْرارِ .

فإذا قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا ثلاثًا . أو : إلَّا طَلْقَتَين . طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا طَلْقَةً وطَلْقَتَيْن . أو : إلَّا[2] طَلْقَةً وطَلْقةً . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ ؛ لأنَّ العَطْفَ بالوَاوِ يجْعَلُ الجُمْلَتَين جُمْلَةً واحدَةً ، فيكونُ مُسْتَثْنِيًا للأَكْثَرِ أو الكُلِّ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ الأوَّلَ يُمْكِنُ تَصْحِيحُه ، فلا يَبْطُلُ ببُطْلانِ غيرِه . وإن قال :

---

(١) بعده فى ف ، م : « من الدخول » .

(٢) فى الأصل : « لا » .

أنتِ طالِقٌ طَلْقَتَيْن وطَلْقَةً إلَّا طلقةً. ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ؛ لِمَا ذكَرْنا. والثانى، لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ يعودُ إلى ما يَلِيه، فيَصِيرُ مُسْتَثْنِيًا للكلِّ، ولأنَّ تَصْحِيحَه يجْعَلُ المُسْتَثْنَى والمُسْتَثْنَى منه لَغْوًا.

وإن قال: أنتِ طالِقٌ وطالقٌ وطالقٌ إلَّا طَلْقَةً. أو: طالقٌ طَلْقَتَيْن ونِصْفًا إلَّا طَلْقَةً. أو: إلَّا نِصْفَ طَلْقَةٍ. فكذلك؛ لِما ذَكَرْنا. ولو كان العَطْفُ بغيرِ الواوِ، لغَا الاسْتِثْناءُ، وَجْهًا واحدًا. وإن قال: أنتِ طالقٌ خَمْسًا إلَّا طَلْقَتَيْن. لم يَصِحَّ؛ لأنَّه إن عاد إلى الخَمْسِ، بَقِيَ بعدَه ثَلاثٌ، وإن عاد إلى الثلاثِ، لم يَصِحَّ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى الأكْثَرَ. وإن قال: إلَّا طَلْقَةً. ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا يَصِحُّ؛ لأنَّه اسْتَثْنَى واحدةً مِن خَمْسٍ، فبَقِيَ أرْبَعٌ. والثانى، يَصِحُّ. ذَكَرَه القاضى، فيَقَعُ طَلْقَتانِ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ يعُودُ إلى ما مَلَكَه مِن الطَّلَقاتِ دونَ ما زاد.

ولا يَصِحُّ الاسْتِثْناءُ مِن الاسْتِثْناءِ فى الطَّلاقِ إلَّا فى مَسْأَلَةٍ واحدَةٍ، وهى قولُه: أنتِ طالقٌ ثلاثًا، إلَّا اثْنَتَيْن، إلَّا واحدَةً. فى أحَدِ الوَجْهَيْن؛ بِناءً على اسْتِثْناءِ النِّصْفِ. وإن قال: أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلَّا ثلاثًا إلَّا واحدةً. لم يَصِحَّ؛ لأنَّ الاسْتِثْناءَ الأوَّلَ باطِلٌ، فلا يصِحُّ الاسْتِثْناءُ منه. ويَحْتَمِلُ أن يعودَ اسْتِثْناءُ الواحدَةِ إلى أوَّلِ الكلامِ؛ لتعَذُّرِ [٣١٤ظ] عَوْدِه إلى ما يَلِيه، فيقَعُ طَلْقَتان.

فصل: وإن قال: أنتِ طالقٌ ثلاثًا. واسْتَثْنَى بقَلْبِه: إلَّا واحدَةً. طَلُقَتْ ثلاثًا؛ لأنَّه يُسْقِطُ ما يَقْتَضِيه نَصُّه بالنِّيَّةِ، فلم يَصِحَّ؛ وإن قال

لِنِسَائِه : أرْبَعَتُكُنَّ طَوالِقُ . واسْتَثْنَى بقَلْبِه : إلَّا فُلانَةَ . لم يصِحَّ ؛ لذلك[1] .
وإن قال : نِسائِى طَوالِقُ . ونَوَى : إلَّا فُلانَةَ . صحَّ ، ولم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لا يُسْقِطُ اللَّفْظَ ، وإنَّما يَسْتَعْمِلُ العُمومَ فى الخُصُوصِ ، وذلك شائعٌ . وإذا ادَّعَى ذلك دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن .

---

(١) فى م : « كذلك » .



بابُ الشَّرْطِ[1] فى الطَّلاقِ

يَصِحُّ تَعْلِيقُ الطَّلاقِ بشَرْطٍ ؛ كدُخُولِ الدارِ ، ومَجِيءِ زَيْدٍ ، ودُخُولِ سَنَةٍ . فإذا علَّقَه بشَرْطٍ ، تعَلَّقَ به ، فمتى وُجِد الشَّرْطُ ، وَقَع ، وإن لم يُوجَدْ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ بُنِىَ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايَةِ ، أشْبَهَ العِتْقَ . ولو قال : عَجَّلْتُ ما علَّقْتُه . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه تعَلَّقَ بالشَّرْطِ ، فلم يتَغَيَّرْ[2] .

فإن قال : أرَدْتُ الطَّلاقَ فى الحالِ ، وإنَّما سَبَق لِسانِى إلى الشَّرْطِ . طَلُقَت فى الحالِ ؛ لأنَّه أقَرَّ على نفْسِه بما يُوجِبُ التَّغْلِيظَ مِن غيرِ تُهْمَةٍ . وإن قال : أنتِ طالقٌ . ثم قال : أرَدْتُ إذا دَخَلْتِ الدارَ . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايَتَيْن .

فصل : وأدَواتُ الشَّرْطِ المُسْتَعْمَلَةُ فى الطَّلاقِ والعَتاقِ سِتَّةٌ : إنْ ، ومَن ، وإذا ، ومتى ، وأَىّ ، وكلَّما .

وليس فيها ما يَقْتَضِى التَّكْرارَ إلَّا « كُلَّما » ، فإذا قال : إن قُمْتِ . أو : إذا قُمْتِ . أو : متى قُمْتِ . أو : أىَّ وَقْتٍ قُمْتِ . أو : مَن قام مِنْكُنَّ ، فهى طالقٌ . فقامَتْ ، طَلُقَتْ . وإن تكَرَّرَ القيامُ ، لم يتَكَرَّرِ الطلاقُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ

---

(١) فى م : « الشروط » .

(٢) فى الأصل : « يعتبر » .

لا يَقْتَضِى التَّكْرارَ . وإن قال : كُلَّما قُمْتِ فأنتِ طالقٌ . فقامَت ، طَلُقَت . وإن تكَرَّرَ القيامُ ، تكَرَّرَ الطَّلاقُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يقْتَضِى التَّكْرارَ .

وقال أبو بكرٍ : فى « متى » ما يقْتَضِى تَكْرارَها[1] ؛ لأنَّها تُسْتَعْمَلُ للتَّكْرارِ ، قال الشاعرُ[2] :

متى تَأْتِه تَعْشُو إلى ضَوْءِ نارِه تَجِدْ خَيْرَ نارٍ عندَها خَيْرُ مُوقِدِ

والصَّحيحُ أنَّها لا تقْتَضِيه ؛ لأنَّها اسْمُ زَمانٍ ، فأَشْبهَتْ « إذا » .

وكلُّ هذه الأَدَواتِ على التَّراخِى إذا خَلَت عن[3] حَرْفِ « لم » ، فإن صَحِبَتْها « لم » كانَت « إنْ » على التَّراخِى . و « إذا » فيها وَجْهان ؛ أحدُهما ، هى على الفَوْرِ ؛ لأنَّها اسْمُ زَمانٍ ، فأَشْبَهَتْ « متى » . والثانى ، هى[4] على التَّراخِى ؛ لأنَّها أُخْلِصَتْ للشَّرْطِ ، فهى بمَعْنى « إنْ » ، وإنِ احْتَملَتِ الأمْرَيْن ، لم يقَعِ الطَّلاقُ بالشَّكِّ .

وسائرُ الأَدَواتِ على الفَوْرِ ؛ لأنَّها تقْتَضِيه ، فإذا قال : إن لم أُطَلِّقْكِ[5] فأنتِ طالقٌ . ولم يَنْوِ وَقْتًا بعَيْنِه ، ولا دَلَّتْ عليه قَرِينَةٌ ، لم يقَعِ الطَّلاقُ إلَّا عندَ فَوْتِه[6] منه ، وذلك فى آخرِ جُزْءٍ مِن حَياةِ أحَدِهما . وإن قال : متى لم

---

(١) فى الأصل : « تكرار الطلاق » .

(٢) هو الحطيئة . والبيت فى ديوانه ١٦.

(٣) فى م : « من » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى ف : « أطلق » .

(٦) فى س ٣، م : « قربه » .

أُطَلِّقْكِ . أو : أىَّ وَقْتٍ لم أُطَلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ . أو : مَن لم أُطَلِّقْها مِنْكُنَّ فهى طالقٌ . فمَضَى زَمَنٌ يُمْكِنُ طَلاقُها ولم يُطَلِّقْها ، طَلُقَتْ .

وإن قال : إذا لم أُطَلِّقْكِ فأنتِ [٣١٥و] طالقٌ . فهل تَطْلُقُ فى الحالِ أو فى آخِرِ حياةِ أحدِهما ؟ على وَجْهَيْن . وإن قال : كُلَّما لم أُطَلِّقْكِ فأنتِ طالقٌ . فمَضَى زمَنٌ يُمْكِنُ طَلاقُها ثلاثًا ، ولم يُطَلِّقْها ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ مَعْناه : كُلَّما سَكَتُّ عن طَلاقِكِ فأنتِ طالقٌ . وقد سكَتَ ثلاثَ سَكَتاتٍ فى ثلاثةِ أوْقاتٍ .

فصل : وإن قال : إن دخَلْتِ الدارَ أنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تدْخُلَ ، كما لو قال : (١)أنتِ طالقٌ(١) إن دخَلْتِ الدارَ . ويحْتَمِلُ أن يَقَعَ فى الحالِ ؛ لأنَّ جوابَ الشَّرْطِ إذا تأَخَّرَ عنه لم يكنْ إلَّا بالفاءِ ، أو بـ« إذَا » . وإن قال : إن دَخَلْتِ الدارَ وأنتِ طالقٌ . طَلُقَت فى الحالِ ؛ لأنَّ الواوَ ليست جَوابًا للشَّرْطِ . فإن قال : أرَدْتُ بها الجَزاءَ . أو : أرَدْتُ أن أجْعلَهما شَرْطَيْن لشىءٍ ، ثم أمْسَكْتُ . دُيِّنَ ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ لِما قالَه . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْن .

فإن قال : أنتِ طالقٌ وإن دخَلْتِ الدارَ . طَلُقَتْ ؛ لأنَّ مَعْناه : ولو دخَلْتِ . كقولِه عليه الصَّلاةُ والسلامُ : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ . دَخَلَ الجَنَّةَ وَإِنْ زَنَى وَإِنْ سَرَقَ »(٢) . وإن قال : أنتِ طالقٌ لو دخَلْتِ الدارَ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب فى الجنائز ومن كان آخر كلامه لا إله إلا اللّه ، من كتاب =

طَلُقَت ؛ لأنَّ « لو » تُستَعْمَلُ بعدَ الإثباتِ لغيرِ المَنْعِ ، كقولِه تعالى : ﴿ وَإِنَّهُۥ لَقَسَمٌ لَّوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ ﴾[1] . وإن قال : أرَدْتُ الشَّرْطَ . قُبِلَ ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ أَنْ دَخَلْتِ . بفَتْحِ الهَمْزَةِ ، طَلُقَتْ عندَ أبى بكرٍ ؛ لأَنَّ « أَنْ » للتَّعْليلِ لا للشَّرْطِ ، كقولِه[2] تعالى : ﴿ يَمُنُّونَ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُواْ ﴾[3] . وقال القاضى : قِياسُ قَولِ أحمدَ أنَّه إن كان نَحْوِيًّا[4] ، وَقَع طَلاقُه لذلك ، وإن كان عامِّيًّا ، فهى للشَّرْطِ ؛ لأَنَّ العامِّىَّ لا يُرِيدُ بها إلَّا الشَّرْطَ ، فأُجْرِىَ عليه حُكْمُه . وحُكِىَ عن الخَلَّالِ أنَّ النَّحْوِىَّ إذا لم يكنْ له نِيَّةٌ ، فهو كالعامِّىِّ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ إن[5] شَرِبْتِ ، إذا أَكَلْتِ . أو : متى

= الجنائز ، وفى : باب الثياب البيض ، من كتاب اللباس ، وفى : باب من أجاب بلبيك وسعديك ، من كتاب الاستئذان ، وفى : باب المكثرون هم المقلون ، وباب قول النبى ﷺ : « وما أحب أن لى مثل أحد ذهبا » ، من كتاب الرقاق ، وفى : باب كلام الرب مع جبريل ونداء الله الملائكة ، من كتاب التوحيد . صحيح البخارى ٢/ ٨٩ ، ٩٠ ، ٧/ ١٩٢ ، ١٩٣ ، ٨/ ٧٥ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ٩/ ١٧٤ . ومسلم ، فى : باب من مات لا يشرك بالله شيئا دخل الجنة ... ، من كتاب الإيمان ، وفى : باب الترغيب فى الصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ١/ ٩٤ ، ٩٥ ، ٢/ ٦٨٨ ، ٦٨٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى افتراق هذه الأمة ، من أبواب الإيمان . عارضة الأحوذى ١٠/ ١١٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٥٢ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٦ .

(١) سورة الواقعة ٧٦ .

(٢) فى س ٣ : « لقوله » . وفى ف : « لقول الله » .

(٣) سورة الحجرات ١٧ .

(٤) فى ف : « جوابا » .

(٥) فى م : « إذا » .

أَكَلْتِ . لم تَطْلُقْ حتى تَشْرَبَ بعدَ الأَكْلِ ؛ لأنَّ إِدْخالَ الشَّرْطِ على الشَّرْطِ يقْتَضِى تقْدِيمَ المُؤَخَّرِ . وإن قال : أَنتِ طالقٌ إن شَرِبْتِ ، إن أَكَلْتِ . فكذلك ؛ لِما ذكَرْناه . وإن قال : أنتِ طالقٌ إن شَرِبْتِ فأَكَلْتِ . أو : إن شَرِبْتِ ثم أكَلْتِ . لم تَطْلُقْ حتى تأْكُلَ بعدَ الشُّرْبِ ؛ لأَنَّهما حَرْفا تَرْتِيبٍ . وإن قال : أنتِ طالقٌ إن شَرِبْتِ وأَكَلْتِ . طَلُقَتْ بوُجُودِهما على أىِّ صِفَةٍ كان[1] ؛ لأنَّ الواوَ للجَمْعِ ، ولا تقْتَضِى تَرْتِيبًا ، ولا تَطْلُقُ بوُجودِ أحَدِهما ؛ لأنَّها للجَمْعِ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ إن أكَلْتِ ، أو شَرِبْتِ . طَلُقَتْ بوُجُودِ أحَدِهما ؛ لأنَّ « أو » تقْتَضِى تعْلِيقَ الجزَاءِ على واحدٍ مِن المَذْكُورَيْن[2] ، كقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[3] .

فصلٌ فى تَعْليقِ الطَّلاقِ بالحَيْضِ : إذا قال : إن حِضْتِ فأنْتِ طالقٌ . طَلُقَتْ بأَوَّلِ جُزْءٍ مِن الحَيْضِ . فإن رأَتْ دَمًا وتَبَيَّنَ أنَّه ليس بحَيْضٍ ، تَبَيَّنَّا[4] أنَّ الطَّلاقَ لم يَقَعْ . وإن قالَت : قد حِضْتُ . فكَذَّبَها ، قُبِلَ قولُها بغيرِ يَمِينٍ . وعنه ، لا يُقْبَلُ قَوْلُها ، و[5] يَخْتَبِرُها النِّساءُ بإدْخالِ قُطْنَةٍ فى

---

(١) سقط من : م.

(٢) فى الأصل، س ٣: « المذكور ».

(٣) سورة البقرة ١٨٤.

(٤) فى الأصل، س ٣، م « تبين ».

(٥) فى الأصل: « أو ».

الفَرْجِ ، فإنْ ظَهَر الدَّمُ ، فهى حائضٌ ، وإلَّا فلا . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾[1] . فلولا أنَّ قَوْلَهُنَّ مقبُولٌ ، ما حَرُمَ عَلَيْهِنَّ[2] كِتْمانُه ، ولأنَّه لا يُعْرَفُ إلَّا مِن جِهَتِها . [٣١٥ظ] وإن قال : قد حِضْتِ . فأَنْكَرَتْه ، طَلُقَت بإقْرارِه . وإن قال : إن حِضْتِ فضَرَّتُكِ طالقٌ . فقالَت : قد حِضْتُ . فكَذَّبَها ، لم تَطْلُقْ ضَرَّتُها ؛ لأنَّ قولَها يُقْبَلُ فى حَقِّها دونَ غيرِها . وإن قال الزَّوْجُ : قد حِضْتِ . فكَذَّبَتْه ، طَلُقَتْ بإقْرارِه .

فإن قال : إن حِضْتِ فأنتِ وضَرَّتُكِ طالِقَتان . فقالَت : قد حِضْتُ . فصَدَّقَها ، طَلُقَتا ، وإن كذَّبَها ، طَلُقَتْ وحدَها ، ولم تَطْلُقِ الضَّرَّةُ وإن صدَّقَها .

وإن قال : إذا حِضْتُما فأَنْتُما طالِقَتان . فقالتا : قد حِضْنا . فصدَّقَهما ، طَلُقَتا ، وإن كذَّبَهما ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ طلاقَ كلِّ واحدةٍ منهما مُعَلَّقٌ على حَيْضِهما ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُ واحدةٍ منهما فى حقِّ ضَرَّتِها . وإن صدَّقَ إحْداهما وحدَها ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ قولَ المُكَذَّبَةِ غيرُ مَقْبُولٍ فى حقِّها ، وطَلُقَتِ المُكَذَّبَةُ ؛ لأنَّها مقبُولَةُ القولِ فى نفسِها ، وقد صدَّق الزَّوْجُ صاحِبَتَها ، فوُجِدَ الشَّرْطان فى طَلاقِها ، فطَلُقَتْ .

وإن قال لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ له : إن حِضْتُنَّ فأَنْتُنَّ طَوالِقُ . فقد علَّقَ طَلاقَ كلِّ

(١) سورة البقرة ٢٢٨.

(٢) فى ف : « عليها » .

واحدةٍ[1] بحَيْضِ الأرْبَعِ ، فإنْ قُلْنَ : قد حِضْنا . فصَدَّقَهُنَّ ، طَلُقْنَ ؛ لأنَّه[2] وُجِدَ حَيْضُهُنَّ بتَصْديقِه ، وإن كذَّبَهُنَّ ، أو كذَّبَ ثلاثًا أو اثْنَتَيْن ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ مِنْهُنَّ ؛ لأنَّ قولَ كُلِّ واحدةٍ لا يُقْبَلُ إلَّا فى حقِّ نفسِها ، فلم يُوجَدِ الشَّرْطُ . وإن صدَّقَ ثلاثًا ، طَلُقَتِ المُكَذَّبَةُ ؛ لِما ذكَرْنا فى الاثْنَتَيْن إذا صدَّقَ إحْداهما . وإن قال : كُلَّما حاضَتْ إحداكُنَّ فضَرائِرُها طَوالِقُ . فقد جَعَل حَيْضَ كلِّ واحدةٍ شَرْطًا لطلاقِ البَواقِى ، فإن قُلْنَ : قد حِضْنا . فصَدَّقَهُنَّ ، طَلُقْنَ ثلاثًا ثلاثًا ؛ لأنَّ لكلِّ واحدةٍ ثلاثَ ضَرائِرَ ، فتَطْلُقُ بحَيْضِ كُلِّ واحدةٍ طَلْقَةً . وإن كذَّبَهُنَّ ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ مِنْهُنَّ . وإن صدَّقَ واحدةً مِنْهُنَّ ، طَلُقَت كلُّ واحدةٍ مِن ضَرائرِها طَلْقَةً ؛ لأنَّ حَيْضَها ثَبَت بتَصْديقِه ، ولم تَطْلُقِ المُصَدَّقَةُ ؛ لأنَّه ليس لها صاحِبَةٌ ثَبَت حَيْضُها . وإن صَدَّقَ اثْنَتَيْن ، طَلُقَت كلُّ واحدةٍ منهما طَلْقَةً ؛ لأنَّ لكلِّ واحدةٍ منهما ضَرَّةً مُصَدَّقَةً ، وطَلُقَت كلُّ واحدةٍ مِن المُكَذَّبَتَيْن طَلْقَتَين ؛ لأنَّ لكلِّ واحدةٍ منهما ضَرَّتَين مُصَدَّقتين . وإن صدَّقَ ثلاثًا ، طَلُقَتِ المُكَذَّبَةُ ثلاثًا ، وطَلُقَت كلُّ واحدةٍ مِن المُصَدَّقاتِ طَلْقَتَين ؛ لِما ذكَرْنا .

فصل : إذا قال لحائضٍ : إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَطْهُرَ ثم تَحيضَ ؛ لأنَّ « إذا » اسْمٌ لزَمَنٍ مُسْتَقْبَلٍ ، فتَقْتَضِى فِعْلًا مُسْتَقْبَلًا . وإن قال لها : إذا طَهُرْتِ فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ بانْقِطاعِ الدَّمِ . نصَّ عليه ؛ لأنَّه ثَبَت لها أحْكامُ الطُّهْرِ ؛ مِن وُجوبِ الغُسْلِ ، والصَّلاةِ ، وصِحَّةِ الصَّوْمِ .

---

(١) بعده فى م : « منهن » .

(٢) بعده فى م : « قد » .

وذَكَرَ أبو بكرٍ قَوْلًا آخرَ أَنَّها لا تَطْلُقُ حتى تَغْتَسِلَ ؛ لأَنَّ بعضَ أَحْكامِ الحَيْضِ باقِيَةٌ . وإن قال لطاهِرٍ : إذا طَهُرْتِ فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَحِيضَ ثم تَطْهُرَ ؛ لِما ذكَرْنا .

وإن قال لها : إذا حِضْتِ حَيْضَةً فأنتِ طالقٌ . لم تَطْلُقْ حتى تَحِيضَ ثم تَطْهُرَ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّها لا تَحِيضُ حَيْضَةً كاملةً إلَّا بذلكَ . وإن قال : إن حِضْتِ نِصْفَ حَيْضَةٍ فأنتِ طالقٌ . احْتَملَ أن تَطْلُقَ إذا مَضَى نِصْفُ عادَتِها ؛ لأنَّ الأحْكامَ تعَلَّقَتْ بالعادَةِ ، واحْتَملَ أنَّه متى مَضَت [٣١٦و] حَيْضَتُها ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ فى نِصْفِها . وحُكِيَ عن القاضى أنَّه يَلْغُو قولُه : نِصْفَ حَيْضَةٍ . ويَتعلَّقُ الطَّلاقُ بأوَّلِ الدَّمِ . وقيلَ عنه : تَطْلُقُ بمُضِيِّ سَبْعَةِ أيامٍ ونِصْفٍ ؛ لأنَّه نِصْفُ أكْثَرِ الحَيْضِ . يعْنِى - واللَّهُ أعلمُ - أنَّه ما دامَ حَيْضُها باقِيًا لا يُحْكَمُ بوُقوعِ طَلاقِها حتى يَمْضِىَ نِصْفُ أكثرِ الحَيْضِ ؛ لأنَّ ما قبلَ ذلك لا يُتَيَقَّنُ به مُضِيُّ نِصْفِ الحَيْضَةِ ، فلا يقَعُ الطَّلاقُ بالشَّكِّ . فإن طَهُرَت[1] بدُونِ ذلك ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ مِن[2] نِصْفِ الحَيْضَةِ ، قَلَّتْ أو كَثُرَتْ ؛ لأنَّنا تَيَقَّنَّا[3] مُضِيَّ نِصْفِ الحَيْضَةِ بمُضِيِّها كلِّها .

وإن قال لزَوْجَتَيْه : إذا حِضْتُما حَيْضَةً واحدةً فأنتما طالِقَتان . لَغَا قَوْلُه : حَيْضَةً واحدةً . لاسْتِحالَةِ ذلك ، وصار كقولِه : إذا حِضْتُما فأنتما طالِقَتان . فإن قال : أَرَدْتُ إذا حاضَت كلُّ واحدةٍ منهما حَيْضَةً . قُبِلَ ؛

---

(١) فى الأصل : « طلقت » .

(٢) فى م : « و » .

(٣) فى م : « تبينا » .

لأنَّه مُحْتَمِلٌ لِما قالَه .

فصل : إذا قال لِمَن لطلاقِها سُنَّةٌ وبِدْعَةٌ – وهى المَدْخُولُ بها مِن ذَواتِ الأَقْراءِ –: أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . وهى فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لوُجُودِ الصِّفَةِ . وإن كانَت حائضًا ، أو فى طُهْرٍ أصابَها فيه ، لم تَطْلُقْ فى الحالِ ؛ لعَدَمِ الصِّفَةِ ، فإذا طَهُرَتِ الحائضُ ، أو حاضَتِ المُصابَةُ ، ثم طَهُرَتْ ، طَلُقَتْ ؛ لوُجودِ الصِّفَةِ حِينَئِذٍ . وإن قال لها : أنتِ طالقٌ للبِدْعَةِ . وهى حائضٌ ، أو فى طُهْرٍ أصابَها فيه ، طَلُقَتْ فى الحالِ . وإن كانت فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، لم تَطْلُقْ ؛ لعدَمِ الصِّفَةِ ، فإذا حاضَتْ أو جامَعَها ، طَلُقَت .

وإن قال لها : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ إن كنتِ الآنَ ممَّن يُطَلَّقُ للسُّنَّةِ . وكانت فى زَمَنِ السُّنَّةِ ، طَلُقَتْ ؛ لوُجودِ الصِّفَةِ ، وإلَّا لم تَطْلُقْ بحالٍ ؛ لأنَّه شَرَط لوُقُوعِه كَوْنَها الآنَ ممَّن يُطَلَّقُ للسُّنَّةِ ، ولم يُوجَدْ ذلك . وإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً للسُّنَّةِ ، وطَلْقَةً للبِدْعَةِ . طَلُقَت فى الحالِ واحدةً . فإذا صارَت إلى ضِدِّ حالِها ، طَلُقَتِ الأُخْرَى . وإن قال : طَلْقَةً للسُّنَّةِ والبِدْعَةِ . لَغَا قولُه : للسُّنَّةِ والبِدْعَةِ . لاسْتِحالَةِ اجْتِماعِهما ، وطَلُقَت فى الحالِ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا للسُّنَّةِ . فعلى قولِ الخِرَقِيِّ ، تَطْلُقُ ثلاثًا فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ؛ لأنَّه وَقْتُ السُّنَّةِ . وعلى قولِ أبى بكرٍ ، تَطْلُقُ واحدةً فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، وتَطْلُقُ الثانيةَ والثالثةَ فى طُهْرَيْن فى نِكاحَيْن إن وُجِدَا ؛ لأنَّ السُّنَّةَ تَطْلِيقَةٌ واحدةٌ ، ثم يدَعُها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها .

وإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثًا ، بعضُهُنَّ للسُّنَّةِ وبعضُهُنَّ للبِدْعَةِ . طَلُقَتْ طلْقَتَيْن فى الحالِ ، والثالثةَ فى الحالِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ قِسْطَ الحالِ الأُولَى طَلْقَةٌ ونِصْفٌ ، فَكُمِّلَ ، فصارَ طَلْقَتَيْن . وإن قال : أَرَدْتُ فى هذه الحالِ واحدةً ، والباقىَ فى الأُخْرَى . قُبِلَ قولُه ؛ لأنَّ البعضَ يقَعُ على الطَّلْقَةِ الواحدةِ[1] حقيقَةً ، فلم تُخالِفْ دَعْوَاه الظاهِرَ ، فقُبِلَتْ .

فصل : وإن [2]كانَتِ امرأتُه[2] صغيرةً لا تَحِيضُ ، أو آيِسَةً ، أو حامِلًا تَبَيَّنَ حَمْلُها ، أو غيرَ مدْخُولٍ بها ، فلا سُنَّةَ لطَلاقِها ولا بِدْعَةَ ، فإذا قال : أنتِ طالقٌ لا للسُّنَّةِ ولا للبِدْعَةِ . طَلُقَت ؛ لوُجُودِ الصِّفَةِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ . أو : للبِدْعَةِ . أو : للسُّنَّةِ والبِدْعَةِ . طَلُقَت فى الحالِ ؛ لأنَّه وَصَفَها بصِفَةٍ لا تَتَّصِفُ بها ، فلَغَتِ الصِّفَةُ ، ووَقَع الطَّلاقُ . فإن قال : أَرَدْتُ إيقاعَه بها إذا صارَت [٣١٦ظ] مِن أهْلِ سُنَّةِ الطَّلاقِ وبِدْعَتِه . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْن .

فصل : إذا قال لِمَن لطَلاقِها سُنَّةٌ وبِدْعَةٌ : أنتِ طالقٌ أحْسَنَ الطَّلاقِ ، وأجْمَلَه ، وأعْدَلَه . وما أشْبَهَ هذا مِن الصِّفاتِ الجميلةِ ، طَلُقَتْ للسُّنَّةِ . وإن قال : أقْبَحَ الطَّلاقِ ، وأسْمَجَه . وما أشْبَهَه مِن صِفاتِ الذَّمِّ ، طَلُقَت للبِدْعَةِ . فإن قال : أَرَدْتُ بالأَوَّلِ طَلاقَ البِدْعَةِ ، وبالثانى طَلاقَ السُّنَّةِ ؛ لأنَّه الأَلْيَقُ بها . فإن كان أغْلَظَ عليه ، قُبِلَ قولُه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ على نفسِه ، وإن كان أخفَّ عليه ، دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْن .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « كان له امرأة » .

وإن قال: أنتِ طالقٌ طَلاقَ الحَرَجِ. فهو طلاقُ البِدْعَةِ؛ لأنَّه يأْثَمُ به.

وإن قال: أنتِ طالقٌ طَلْقَةً حسنَةً قَبيحَةً. طَلُقَت فى الحالِ على أىِّ صِفَةٍ كانت؛ لأنَّه وَصَف الطَّلْقَةَ بما لا تَتَّصِفُ به، فلَغَتِ الصِّفَةُ، ووَقَع الطَّلاقُ.

وإن قال لها: أنتِ طالقٌ فى كلِّ قَرْءٍ طَلْقَةً. وهى ممَّن لطَلاقِها سُنَّةٌ وبِدْعَةٌ، طَلُقَتْ فى كلِّ حَيْضَةٍ طَلْقَةً، إلَّا على قَوْلِنا: الأَقْرَاءُ الأَطْهارُ. فإنَّه يَقَعُ فى كلِّ طُهْرٍ طَلْقَةٌ. وإن كانَت ممَّن لا سُنَّةَ لطَلاقِها ولا بِدْعَةَ، طَلُقَتْ فى الحالِ طَلْقَةً، ثم إن كانَت ممَّن يتَجدَّدُ لها أَقْرَاءٌ، طَلُقَت فى كلِّ قَرْءٍ منها طَلْقَةً. ويَحْتَمِلُ أن لا تَطْلُقَ فى الحالِ شيئًا؛ لأنَّ القَرْءَ والطُّهْرَ بينَ الحَيْضَتَيْن، وليس ذلك لها.

فصلٌ فى تعْليقِه بالحَمْلِ: إذا قال لها[1]: إن كُنْتِ حامِلًا فأنتِ طالقٌ. حَرُمَ وَطْؤُها. نَصَّ عليه؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تكونَ حامِلًا فيُغَلَّبَ التَّحْرِيمُ. وحَكَى أبو الخَطَّابِ رِوايَةً أُخْرَى، لا يَحْرُمُ وَطْؤُها؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الحَمْلِ. ثم إن وَلَدَت لأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ؛ لأنَّها كانت حامِلًا، وإن وَلَدَت لأَكْثَرَ مِن أرْبَعِ سِنِينَ، لم تَطْلُقْ؛ لأَنَّنا عَلِمْنا أنَّها لم تكنْ حامِلًا، وإن وَلَدَت فيما بينَ سِتَّةِ أشْهُرٍ وأَرْبَعِ سِنِينَ، ولم يكنْ لها مَن يطَؤُها، طَلُقَتْ؛ لأنَّها كانَت حامِلًا، وإن كان لها زَوْجٌ يطَؤُها، فوَلَدَتْ لأقَلَّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينَ وَطِئَ، طَلُقَتْ؛ لأَنَّنا عَلِمْنا

---

(١) سقط من: الأصل، ف.

أنَّه ليس مِن الوَطْءِ. وإن وَلَدَتْه لأكْثَرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن وَطْئِه، لم تَطْلُقْ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الحَمْلِ والطَّلاقِ.

وإن قال لها: إن لم تكونى حامِلًا فأنتِ طالقٌ. حَرُمَ وَطْؤُها قبلَ اسْتِبْرائِها؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُ الحَمْلِ. وكلُّ مَوْضعٍ يَقَعُ الطَّلاقُ فى التى قبلَها لا يَقَعُ هـٰهُنا، وكلُّ مَوْضعٍ لا يَقَعُ ثَمَّ يَقَعُ هـٰهُنا؛ لأنَّها ضِدُّها، إلَّا إذا أتَت بوَلَدٍ لأكْثَرَ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ، وأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ، فهل يَقَعُ الطلاقُ هـٰهُنا؟ فيه وَجْهان؛ أحدُهما، تَطْلُقُ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الحَمْلِ قبلَ الوَطْءِ. والثانى، لا تَطْلُقُ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ النِّكاحِ.

ويَحْصُلُ الاسْتِبْراءُ بحَيْضَةٍ. نَصَّ عليه؛ لأنَّ بَراءَةَ الرَّحِمِ تَحْصُلُ بحَيْضَةٍ. وذَكَر القاضِى رِوايةً أُخْرَى، أنَّها تُسْتَبْرَأُ بثَلاثَةِ قُروءٍ؛ لأنَّه اسْتِبْراءُ حُرَّةٍ، فأشْبَهَتْ عِدَّتَها. والأُولَى أصَحُّ؛ لأنَّ المَقْصُودَ معْرِفةُ بَراءَتِها مِن الحَمْلِ[1]، وهو يَحْصُلُ بحَيْضَةٍ، وأمَّا عِدَّةُ الحُرَّةِ بثلاثَةِ قُروءٍ، ففيها نَوْعٌ مِن التَّعَبُّدِ، ولذلك يجبُ مع عِلْمِنا ببَراءَةِ الرَّحِمِ، مثلَ أن يكونَ زَوْجُها غائبًا عنها سِنِينَ، وقد حاضَت قبلَ طَلاقِه حَيْضاتٍ [٣١٧و] كثيرةً، فلا يجوزُ تَعْدِيَتُها إلى مَحَلٍّ لم يَرِدِ الشَّرْعُ بالتَّعَبُّدِ فيه، ولهذا كَفَى اسْتِبْراؤُها قبلَ يَمِينِه. وإنِ اسْتَبْرَأَها قبلَ عَقْدِ اليَمِينِ، أجْزَأَ؛ لأنَّ مَعْرِفَةَ بَراءَةِ الرَّحِمِ تَحْصُلُ به، وهو المَقْصُودُ.

ولو قال: إن كنتِ حامِلًا بذَكَرٍ، فأنتِ طالقٌ واحدةً، وإنْ كنتِ

---

(١) فى م: «الحيض».

حامِلًا بأُنْثَى ، فأنتِ طالقٌ اثْنَتَيْـن . فوَلَدتْ ذَكَرًا وأُنْثَى ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن قال : إن كان حَمْلُكِ ، أو : ما فى بَطْنِكِ ذكَرًا ، فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن كان أُنْثَى ، فأنتِ طالقٌ اثْنَتَيْـن . فوَلَدتْ ذَكَرًا وأُنْثَى ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ أن يكونَ جميعُ حَمْلِها أو ما فى بَطْنِها ذَكَرًا أو أُنْثَى ، ولم يُوجَدْ .

فصلٌ فى تعْليقِه بالوِلادَةِ : إذا قال : إذا وَلَدْتِ وَلَدًا[1] فأنتِ طالقٌ . فوَلَدَتْ وَلَدًا ، حَيًّا أو مَيِّتًا[2] ، ذكَرًا أو أُنْثَى أو خُنْثَى ، طَلُقَت ؛ لأنَّه وَلَدٌ . وإن قال : كلَّما وَلَدْتِ وَلَدًا ، فأنتِ طالقٌ . فوَلَدَتْ ثلاثَةً دَفْعَةً واحدةً ، طَلُقَت ثلاثًا ؛ لأنَّ صِفَةَ الثَّلاثِ قد وُجِدَتْ وهى زَوْجَةٌ ، وإنْ ولَدَتْهم واحدًا بعدَ واحدٍ ، [3]مِن حَمْلٍ واحدٍ[3] ، طَلُقَت بالأوَّلِ طَلْقةً ، وبالثانى أُخْرَى ، وبانَت بالثالثِ ، ولم تَطْلُقْ به . ذَكَرَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّ العِدَّةَ انْقَضَتْ بوَضْعِه ، فصادَفَها الطَّلاقُ بائنًا ، فلم يَقَعْ ، كما لو قال : إذا مِتُّ فأنتِ طالقٌ . وقال ابنُ حامِدٍ : تَطْلُقُ به الثالثَةَ ؛ لأنَّ زَمَنَ الوُقُوعِ زَمَنُ البَيْنُونَةِ ، ولا تَنافِىَ بينَهما . والأوَّلُ أصَحُّ ، وعليه التَّفْرِيعُ ، فلو قال : إن ولَدْتِ ذَكَرًا فأنتِ طالقٌ واحدةً ، وإن وَلَدْتِ أُنْثَى فأنتِ طالقٌ اثْنَتَيْـن . فوَلَدَتْهُما دَفْعَةً واحدةً ، طَلُقَتْ ثلاثًا . وإن ولَدَتْهما واحدًا بعدَ واحدٍ ، وَقَع بالأوَّلِ ما عُلِّقَ عليه ، وبانَت بالثانى ولم تَطْلُقْ به . فإن أشْكَلَ الأوَّلُ منهما ، طَلُقَت واحدةً بيَقِينٍ ، ولم تَلْزَمْه الثانيةُ بالشَّكِّ . وقال القاضى : قِياسُ المَذْهَبِ أن

---

(١) سقط من : ف ، وفى الأصل : « ذكرا » .

(٢) بعده فى الأصل ، ف ، س ٢: « أو » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

يُقْرَعَ بينَهما، فمَن خَرَجَت قُرْعَتُه فهو الأَوَّلُ.

ولو قال: (1)إن كان(1) أوَّلُ ما تَلِدِينَ ذَكَرًا فأنتِ طالقٌ واحدَةً، وإن كان أُنْثَى فأنتِ طالقٌ اثْنَتَيْن. فوَلَدَتْهما دَفْعَةً واحدةً، لم تَطْلُقْ؛ لأنَّه لا أوَّلَ فيهما.

ومتى ادَّعَتِ الوِلادَةَ فصَدَّقَها، أو ادَّعَى هو وِلادَتَها وأنْكَرَتْه، طَلُقَت بإقْرارِه، وإنِ ادَّعَتْه المرأةُ فأنْكَرَها، لم تَطْلُقْ إلَّا ببَيِّنَةٍ؛ لأنَّ هذا يُمْكِنُ إقامَةُ البَيِّنةِ عليه، بخِلافِ الحَيْضِ.

فصلٌ في تَعْليقِه بالطَّلاقِ: إذا قال لمَدْخُولٍ بها: إذا طَلَّقْتُكِ فأنتِ طالقٌ. ثم طَلَّقَها، طَلُقَتْ طَلْقَتَيْن؛ واحدَةً بالمُباشَرَةِ، وأُخْرَى بالصِّفَةِ. فإن قال: أرَدْتُ أنَّكِ تَطْلُقِينَ بما أُوقِعُه مِن طَلاقِكِ (2)لا جَعْلَه(2) شَرْطًا. دُيِّنَ. وهل يُقْبَلُ في الحُكْمِ؟ على رِوايتَيْن؛ لأنَّ الظاهِرَ جَعْلُه شَرْطًا. وإن وَكَّلَ مَن طَلَّقَها، فهو كمُباشَرَتِه؛ لأنَّ فِعْلَ الوَكيلِ كفِعْلِ المُوَكِّلِ.

وإن قال: إذا طَلَّقْتُكِ فأنتِ طالقٌ. ثم قال: إن قُمْتِ فأنتِ طالقٌ. فقامَتْ، طَلُقَتْ طَلْقَتَيْن؛ واحدةً بقِيامِها، وأُخْرَى بالصِّفَةِ؛ لأنَّ الصِّفَةَ [317ظ] تَطْلِيقُه(3) لها، وتعْلِيقُه لطَلاقِها بقِيامِها إذا اتَّصَلَ به القِيامُ تَطْلِيقٌ لها. وإن قال مُبْتَدِئًا: إن قُمْتِ فأنتِ طالقٌ. ثم قال: إذا طَلَّقْتُكِ

(1 - 1) سقط من: الأصل.

(2 - 2) في م: «لأجعله».

(3) في م: «تطليقة».

فأنتِ طالقٌ. فقامَت، طَلُقَت واحدةً بقِيامِها، ولم تَطْلُقِ الأُخرَى؛ لأنَّ هذا يقْتَضِى ابْتِداءَ إيقاعٍ، ووُقوعُ الطَّلاقِ هـٰهُنا بالقيامِ إنَّما هو وُقوعٌ بصِفَةٍ سابقةٍ لعَقْدِ الطَّلاقِ شَرْطًا.

ولو قال: إذا قُمْتِ فأنتِ طالقٌ. ثم قال: إذا وَقَع عليكِ طلاقِى، فأنتِ طالقٌ. فقامَت، طَلُقَتْ طَلْقَتَيْن؛ لأنَّ الطَّلاقَ الواقِعَ بقِيَامِها طَلاقُه، فقد وُجِدَتِ الصِّفَةُ. وإن قال: إذا أوْقَعْتُ عليكِ الطَّلاقَ فأنتِ طالقٌ. ثم قال: إذا قُمْتِ فأنتِ طالقٌ. فقامَتْ، طَلُقَتِ اثْنَتَيْنْ[1]؛ لأنَّ قولَه: أوْقَعْتُ عليكِ الطلاقَ. كقَوْلِه: طَلَّقْتُكِ. وقال القاضى: لا تَطْلُقُ إلَّا طَلْقَةً واحِدَةً[2] بقِيامِها، ولا تَطْلُقُ بالصِّفَةِ؛ لأنَّ ذلك يقْتَضِى مُباشَرَتَها به، لا وُقُوعَه بالصِّفَةِ.

وإن قال: كُلَّما طَلَّقْتُكِ فأنتِ طالقٌ. ثم قال: أنتِ طالقٌ. طَلُقَتْ طَلْقَتَيْن؛ إحْداهما بقولِه: أنتِ طالقٌ. والأُخرَى بالصِّفَةِ، ولا تقَعُ الثالثةُ؛ لأن الصِّفَةَ إيقاعُ الطَّلاقِ، ولم يتَكَرَّرْ، فلم يتَكَرَّرِ الطَّلاقُ. وإن قال: كُلَّما وَقَع عليكِ طَلاقِى فأنتِ طالقٌ. ثم وَقَع عليها طَلاقُه بمُباشَرَةٍ أو صِفَةٍ، طَلُقَت ثلاثًا؛ لأنَّ الثانيةَ طَلْقَةٌ[3] واقعةٌ عليها، فتَقَعُ بها[4] الثالثةُ.

وإن قال: كُلَّما وَقَع عليكِ طَلاقِى فأنتِ طالقٌ قبلَه ثلاثًا. ثم قال:

---

(١) فى الأصل: «طلقتين».

(٢) زيادة من: الأصل.

(٣) سقط من: ف، وبعده فى الأصل: «واحدة».

(٤) فى م: «عليها».

أنتِ طالقٌ. فقال ابنُ عَقِيلٍ: تَطْلُقُ واحدةً بالمُباشَرَةِ، ويَلْغُو ما عُلِّقَ عليها؛ لأنَّه طَلاقٌ فى زَمَنٍ ماضٍ، فأشْبَهَ قولَه: أنتِ طالقٌ أمسِ. وقال القاضى: تَطْلُقُ ثلاثًا؛ لأنَّه وَصَف المُعَلَّقَ بصِفَةٍ يسْتَحِيلُ وَصْفُه بها، فإنَّه يَسْتَحِيلُ وُقُوعُها بالشَّرْطِ قبلَه، فلَغَتْ صِفَتُها بالقَبْلِيَّةِ، وصار كأنَّه قال: إذا وَقَع عليكِ طَلاقِى فأنتِ طالقٌ ثلاثًا.

فإن قال لزَوْجَتَيْه: كُلَّما طَلَّقْتُ حَفْصَةَ فعَمْرَةُ طالقٌ، وكُلَّما طَلَّقْتُ عَمْرَةَ فحَفْصَةُ طالقٌ. ثم طَلَّقَ إحْداهما، طَلُقَتا جميعًا؛ إحْداهما بالمُباشَرَةِ، والأُخْرَى بالصِّفَةِ. فإن كانَتِ المُباشَرَةُ به حَفْصَةَ، لم تَزِدْ واحدةٌ منهما على طَلْقَةٍ؛ لأنَّه ما أحْدَثَ فى عَمْرَةَ طلاقًا، إنَّما طَلُقَت بالصِّفَةِ السابقةِ، وإن كانَتِ المُباشَرَةُ عَمْرَةَ، طَلُقَت أُخْرَى بالصِّفَةِ الحادِثَةِ بعدَ تعْليقِه طَلاقَها. وإن قال لحَفْصَةَ: كُلَّما طَلَّقْتُ عَمْرَةَ فأنتِ طالقٌ. وقال لعَمْرَةَ: كُلَّما طَلَّقْتُ حَفْصَةَ فأنتِ طالقٌ. ثم طَلَّقَ عَمْرَةَ، طَلُقَت كلُّ واحِدَةٍ واحِدَةً. وإن طَلَّقَ حَفْصَةَ طَلْقَةً[1]، طَلُقَت طَلْقتَيْن، وطَلُقَتْ عَمْرَةُ واحدةً.

وإن قال لأربعِ نِسائِه: أيَّتُكُنَّ[2] وَقَع عليها طَلاقى، فضَرائرُها طَوالِقُ. ثم وَقَع بإحْداهُنَّ طَلاقُه، طَلُقَ الجميعُ ثَلاثًا.

فصل: فإن كان له أرْبَعُ نِساءٍ وعَبِيدٌ، فقال: كُلَّما طَلَّقْتُ امرأةً، فعَبْدٌ

---

(١) سقط من: الأصل، ف.

(٢) فى الأصل: «أيتها».

مِن عَبِيدِى حرٌّ، وكُلَّما طَلَّقْتُ اثْنَتَيْنِ[1]، فعَبْدان حُرَّان، وكُلَّما طَلَّقْتُ ثلاثًا، فثَلاثَةٌ أحْرارٌ، وكُلَّما طَلَّقْتُ أرْبَعًا، فأَرْبعَةٌ أحْرارٌ، ثم طَلَّق الأرْبَعَ مُتَفَرِّقاتٍ أو مُجْتَمِعاتٍ، فإنَّه يَعْتِقُ مِن عَبِيدِه خَمْسَةَ عشَرَ، يَعْتِقُ بطلاقِ الواحدةِ واحدٌ، وبطَلاقِ الثانيةِ ثلاثَةٌ؛ لأنَّها واحدةٌ، وهى [2]إلى صاحِبَتِها[2] اثْنَتان، ويَعْتِقُ بطَلاقِ الثالثَةِ أرْبَعةٌ؛ لأنَّها واحدةٌ، وهى مع صاحِبَتيْها[3] ثلاثٌ، ويَعْتِقُ بطَلاقِ الرابعَةِ [٣١٨و] سَبْعَةٌ؛ لأنَّها واحدةٌ، وهى مع الثالثَةِ اثْنَتانِ، وهى مع صَواحِبِها أرْبَعٌ. وإن شئتَ قُلْتَ: فِيهِنَّ أرْبَعُ صِفاتٍ؛ هُنَّ أرْبَعٌ، فيَعْتِقُ لذلك أرْبَعَةٌ، وهُنَّ أرْبعَةُ آحادٍ، فيَعْتِقُ بذلك[4] أرْبعَةٌ أُخَرُ، وهُنَّ اثْنَتان واثْنَتان، فيَعْتِقُ بذلك أرْبعَةٌ أُخَرُ، وفِيهِنَّ ثلاثٌ، فذلك خَمْسَةَ عشَرَ. وقيلَ: يَعْتِقُ عشَرَةٌ، بالواحِدَةِ واحدٌ، وبالثانيةِ اثْنان، وبالثالثَةِ ثلاثَةٌ، وبالرابِعَةِ أرْبعةٌ. والأوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّ الصِّفَةَ إذا تكَرَّرَتْ تكَرَّرَ الجَزاءُ وإن كان فى مَحَلٍّ واحدٍ، ولذلك لو قال: إن كَلَّمْتِ رجلًا فأنتِ طالقٌ، وإن كلَّمْتِ أسْوَدَ فأنتِ طالقٌ، وإن كلَّمْتِ طويلًا فأنتِ طالقٌ. فكلَّمَتْ رجلًا أَسْوَدَ طويلًا، طَلُقَتْ ثلاثًا. ولو قال: كُلَّما أكَلْتِ رُمَّانَةً فأنتِ طالقٌ، وكُلَّما أكَلْتِ نِصْفَ رُمَّانَةٍ فأنتِ طالقٌ. فأكلَتْ رُمَّانَةً، طَلُقَتْ ثلاثًا؛ واحدةً لكَوْنِها رُمَّانَةً، واثْنَتَيْن بأَكْلِها النِّصْفَيْن. ولو قال: إذا وَلَدْتِ وَلَدًا فأنتِ طالقٌ، وإذا ولَدْتِ غُلامًا فأنتِ

---

(١) فى الأصل: «امرأتان».

(٢ - ٢) فى م: «لصاحبتهما».

(٣) فى الأصل: «صاحبتها».

(٤) فى الأصل: «لذلك».

طالقٌ ، وإذا ولَدْتِ أَسْوَدَ فأنتِ طالقٌ . فولَدَتْ غُلامًا أسْوَدَ ، طَلُقَت ثلاثًا .

فصلٌ فى تعْليقِه بالحَلِفِ : إذا قال لزَوْجَتِه : إذا حَلَفْتُ بطَلاقِكِ فأنتِ طالقٌ . ثم قال : إن خَرَجْتِ فأنتِ طالقٌ . أو[1] : إن لم تَخْرُجِى فأنتِ طالقٌ . أو : إن لم يكنْ هذا القولُ حَقًّا فأنتِ طالقٌ . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّه حَلَفَ بطَلاقِها .

وإن قال : إن طَلَعَتِ الشمسُ ، أو قَدِمَ الحاجُّ ، فأنتِ طالقٌ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَطْلُقُ حتى تَطْلُعَ الشمسُ ويَجِىءَ الحاجُّ ؛ لأنَّ الحَلِفَ ما قُصِدَ به المَنْعُ مِن شىءٍ ، أو الحَثُّ عليه ، أو التَّصْدِيقُ ، وليس فى طُلوعِ الشمسِ وقُدومِ الحاجِّ شىءٌ مِن هذا . هذا قولُ القاضِى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ . والثانى ، أنَّه حَلِفٌ ؛ لأنَّه تعْليقٌ على شَرْطٍ ، فكان حَلِفًا ، كما لو قال : إن خرَجْتِ ، فأنتِ طالقٌ . هذا قولُ القاضِى فى « الجامِعِ » ، وأبى الخَطَّابِ .

وإن قال : إذا شِئْتِ فأنتِ طالقٌ . أو : إذا حِضْتِ ، أو : إذا طَهُرْتِ ، فأنتِ طالقٌ : لم يكنْ حَلِفًا ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ تعْلِيقَه على المَشِيئَةِ تَمْليكٌ ، وتعْليقَه على الحَيْضِ طَلاقُ بِدْعَةٍ ، وتعْلِيقَه على الطُّهْرِ[2] طلاقُ سُنَّةٍ .

فإن قال : إنْ حَلَفْتُ بطَلاقِكِ فأنتِ طالقٌ . ثم أعادَه ثانيةً ، طَلُقَت واحدةً ؛ لأنَّه حَلَفَ بطَلاقِها ، فإن أَعادَه ثالثًا ، طَلُقَت ثانيةً ، فإنْ أعادَه

---

(١) فى ف : « و » .

(٢) فى الأصل : « الحيض » .

رابعًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لأنَّ كُلَّ مَرَّةٍ يُوجَدُ بها صِفَةُ طَلاقٍ ، وينْعَقِدُ بها صِفَةٌ أُخْرَى ، ومِثْلُه لو قال : إن كَلَّمْتُكِ فأنتِ طالقٌ . وكَرَّرَه أرْبَعًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا ؛ لذلك[1] .

ولو قال لمَدْخُولٍ بهما : إذا حَلَفْتُ بطلَاقِكما فأَنتما طالِقَتان . وكرَّره أرْبَعًا ، طَلُقَتا ثلاثًا . فإن كانَتا غيرَ مَدْخُولٍ بهما ، بانَتا إذا أَعادَه مَرَّةً ثانيةً ، ولم يقَعْ بهما بعدَه طلاقٌ . فإن كانت إحْداهما مَدْخُولًا بها ، والأُخْرَى غيرَ مَدْخُولٍ بها ، فأعادَه مَرَّةً ، طَلُقَتِ المدْخُولُ بها طلقةً رَجْعِيَّةً ، والأُخْرَى طلقةً بائِنَةً[2] . فإن أعادَه ثانيةً ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ شَرْطَ طَلاقِهِما الحَلِفُ بطَلاقِهما ، ولم يَحْلِفْ به ؛ لأنَّ غيرَ المدْخُولِ بها لايَصِحُّ الحَلِفُ بطَلاقِها .

وإن قال لمَدْخُولٍ بهما[3] لإحْداهما : إن حَلَفْتُ بطَلاقِ ضَرَّتِكِ فأنتِ طالقٌ . ثم قال للأُخْرَى مثلَ ذلك ، طَلُقَتِ الأُولَى ، وإن أعادَه للأُولَى ، طَلُقَتِ [٣١٨ظ] الأُخْرَى ، وكلَّما أعادَه لامرأةٍ ، طَلُقَتِ الأُخْرَى . وإن قال : كُلَّما حَلَفْتُ بطَلاقِكِ فضَرَّتُكِ طالقٌ . ثم قال مثلَ ذلك لضَرَّتِها ، طَلُقَتْ[4] ، فإن أعادَه للأُولَى ، طَلُقَت[5] ، ثم[6] كلَّما أعادَه لامْرَأةٍ ،

---

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) فى م : « ثانية » ، وغير منقوطة فى س ٣.

(٣) فى الأصل : « بها » ، وبعده فى م : « أو » .

(٤) بعده فى س ٣: « الضرة » .

(٥) بعده فى م : « الضرة فإن أعاده للثانية ، طلقت الأولى » .

(٦) فى ف ، م : « و » .

طَلُقَتْ ، (١إلى أن يَبْلُغَ١) ثلاثًا . وإن كانت إحْداهما غيرَ مدْخُولٍ بها ، فطَلُقَت مَرَّةً ، لم تَطْلُقْ أُخرَى ، ولم تَطْلُقِ الأُخْرَى بإعادَتِه لها ؛ لأنَّه ليس بحَلِفٍ بطَلاقِها[٢] ؛ لكَوْنِها بائنًا .

فصل : وإنِ اسْتَعْمَلَ الطَّلاقَ أو[٣] العَتاقَ اسْتِعْمالَ القَسَمِ ، وأجابَه بجَوابِه ، فقال : أنتِ طالقٌ ، لأَقُومَنَّ ، أو : ما قُمْتُ ، أو : لقد قُمْتُ ، أو : إنِّى لقائمٌ . وبَرَّ[٤] ، لم يقَعِ الطَّلاقُ ؛ لأنَّه حَلِفٌ بَرَّ فيه ، فلم يَحْنَثْ ، كما لو حَلَف باللَّهِ ، وإن حَنِثَ ، وَقَع طَلاقُه . وإن قال : أنتِ طالقٌ ، لوْلَا أبوكِ لَطَلَّقْتُكِ . وكان صادِقًا ، لم تَطْلُقْ ، وإن كان كاذِبًا ، طَلُقَت .

فصلٌ فى تعْليقِه بالكلامِ : إذا قال : إن كلَّمْتُكِ فأنتِ طالقٌ ، فاعْلَمِى ذلك . أو : فتَحَقَّقِيه . طَلُقَت ؛ لأنَّه كلَّمَها بعدَ عَقْدِ اليَمِينِ ، إلَّا أن يريدَ بعدَ انْقِضاءِ كلامِى هذا و[٥] نحوه . وإن زَجَرَها فقال : تَنَحَّىْ . أو : اسْكُتِى . حَنِث ؛ لأنَّه كلامٌ . وإن سَمِعَها تذْكُرُه فقال : الكاذِبُ لعَنَه اللَّهُ . حَنِث ؛ لأنَّه كلَّمَها .

وإن قال : إن بدَأْتُكِ بالكلامِ فأنتِ طالقٌ . فقالت : إن بَدَأْتُكَ بالكَلامِ فعَبْدِى حُرٌّ . انْحَلَّتْ يمِينُه بيَمِينِها ؛ لأنَّها كلَّمَتْه ، فلم يكنْ كلامُه لها بعدَ

(١ - ١) فى ف : « حتى يكمل » ، وفى م : « ضربتها حتى تكمل » .

(٢) فى الأصل : « بطلاقهما » .

(٣) فى م : « و » .

(٤) بعده فى الأصل : « من » .

(٥) فى ف : « أو » .

ذلك بِدايةً ، فإن كلَّمَها ، انْحَلَّتْ يمينُها ؛ لأنَّها لم تَبْدَأْه ، ما لم يكنْ لهما[(١)] نِيَّةٌ .

وإن قال : إن كلَّمْتُما هذَيْن الرَّجُلَيْن فأَنْتُما طالِقَتانِ . فكلَّمَت كلُّ واحدةٍ واحدًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَطْلُقانِ ؛ لأنَّ تكْلِيمَهما وُجِدَ منهما . والثانى ، لا تَطْلُقانِ حتى تُكَلِّمَ كلُّ واحدةٍ الرَّجُلَيْن معًا[(٢)] ؛ لأنَّه علَّقَ طَلاقَهما[(٣)] على فِعْلَيْهِما معًا . ولو قال : إن رَكِبْتُما هاتَيْن الدابَّتَيْن فأنْتُما طالِقَتانِ . طَلُقَتا إذا رَكِبَت كلُّ واحدةٍ دابَّةً ؛ لأنَّ العُرْفَ فى رُكُوبِ[(٤)] دابَّتَيْهِما أن تَرْكَبَ كلُّ واحِدَةٍ[(٥)] دابَّةً .

ولو قال : أنتِ طالقٌ إن كَلَّمْتِ زَيْدًا ومحمدٌ مع خالِدٍ . لم تَطْلُقْ حتى تُكَلِّمَ زَيْدًا فى حالٍ يكونُ محمدٌ مع خالدٍ ؛ لأنَّ الجُمْلَةَ حالٌ للجُمْلَةِ الأُولَى ، إلَّا أن يُرِيدَ بكلامِه[(٦)] الاسْتِئْنافَ ، فتَطْلُقَ بكلامِ زيدٍ بكلِّ حالٍ . وقال القاضى : يَحْنَثُ بكلامِ زَيْدٍ ؛ لأنَّ الجملةَ الثانيةَ اسْتِئْنافٌ لا تَعَلُّقَ لها بالأُولَى .

وإن قال : مَن بشَّرَتْنِى بقُدومِ أخِى فهى طالقٌ . فأخْبرَه بذلك زَوْجَتاه ،

---

(١) فى الأصل : « لها » .
(٢) فى ف : « جميعا » .
(٣) فى الأصل : « طلاقيهما » .
(٤) فى الأصل ، س ٣ : « ركبا » ، وفى ف : « ركبان » .
(٥) فى س ٣ ، م : « واحد » .
(٦) زيادة من : م .

وهما صادِقَتان ، طَلُقَتِ الأُولَى وحدَها ؛ لأنَّ البِشَارَةَ خَبَرٌ يحْصُلُ به سُرورٌ أو غَمٌّ ، وإنَّما يحْصُلُ بالأوَّلِ ، وإن كانتا كاذِبتَيْن ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّه لا سُرورَ فى الكَذِبِ . وإن كانتِ الأُولَى كاذِبَةً ، والثانيةُ صادِقَةً ، طَلُقَتِ الثانيةُ وحدَها ؛ لذلك . وإن قال : مَن أخْبَرَتْنِى بقُدومِ أخِى فهى طالقٌ . فقال القاضى : هى كالتى قبلَها سواءً ؛ لأنَّ المُرادَ مِن الخَبَرِ الإعْلامُ ، ولا يحْصُلُ إلَّا بالخَبَرِ الأوَّلِ الصِّدْقُ . ويَحْتَمِلُ أن تَطْلُقَ الثانيةُ والكاذِبَةُ ؛ لأنَّ الخبرَ يقَعُ على [٣١٩و] الجميعِ .

فصلٌ فى تعْليقِه بالمشيئةِ : إذا قال : أنتِ طالقٌ إن شِئْتِ . أو : متى شئتِ . أو غيرَ ذلك مِن الحُروفِ ، فقالت : قد شِئْتُ . طَلُقَت ، سواءٌ شاءَت على الفَوْرِ أو التَّراخِى ؛ لأنَّه تعْلِيقٌ للطَّلاقِ على شَرْطٍ ، فأَشْبَهَ سائرَ التعلِيقِ . وإن قالت : قد شِئْتُ إن شِئْتَ . أو : إن شاءَ أبى . لم تَطْلُقْ وإن شاءَ ؛ لأنَّها لم تَشَأْ ، إنَّما علَّقَت مَشِيئَتَها بمَشِيئَتِه ، كما لو قالت : قد شِئْتُ إذا طَلَعَتِ الشمسُ .

ولو قال : أنتِ طالقٌ إن شاء زيدٌ . فشاء وهو مَجْنُونٌ أو طِفْلٌ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لا مَشِيئَةَ لهما ، وكذلك إن شاءَ وهو سَكْرانُ . وخرَّجَه أصْحابُنا على الرِّوايتَيْن فى طَلاقِه . وإن شاءَ وهو مُمَيِّزٌ ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّ له مَشِيئَةً ، ولذلك صَحَّ اخْتِيارُه لأحَدِ أبوَيْه ، وخُوطِبَ بالاسْتِئْذانِ فى العَوْراتِ الثَّلاثِ .

وإن كان أخْرَسَ فأوْمَأَ بمَشِيئَتِه ، طَلُقَتْ ؛ لأنَّ إشارَتَه كنُطْقِ غيرِه . وإن كان ناطِقًا فخَرِسَ ، فكذلك ؛ لأنَّه مِن أهْلِ الإشارَةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا

يَحْنَثَ ؛ لأنَّ إشارَتَه لا يُعْتَدُّ بها فى تلك الحالِ (١ فى الشَّرعِ ١) . وإن ماتَ أو جُنَّ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لم يشَأْ . وحُكِيَ عن أبى بَكْرٍ أنَّها تَطْلُقُ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ إن شاءَتِ البَهيمَةُ . فهو تعليقٌ للطَّلاقِ على المُسْتَحِيلِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ لمَشِيئَةِ أبيكِ ، أو : رِضَاه . طَلُقَتْ فى الحالِ ؛ لأنَّ مَعْناه : ليَرْضَى ، أو لكَوْنِه شاءَ . فإن قال : أرَدْتُ تعليقَه بذلك . قُبِلَ منه ؛ لأنَّ ذلك يُسْتَعْمَلُ للشَّرْطِ فى قولِه : أنتِ طالقٌ للسُّنَّةِ .

فإن قال : أنتِ طالقٌ إلَّا أن تَشائِى . فشَاءت فى الحالِ ، لم تَطْلُقْ ، وإن لم تشَأْ ، طَلُقَت ؛ لأنَّه أوْقَعَه عليها إلَّا أن ترْفَعَه مَشِيئَتُها ، فإذا لم يُوجَدْ ما يرْفَعُه ، وَقَع . وإن قال : أنتِ طالقٌ واحدةً إلَّا أن تَشائِى ثلاثًا . فشاءَت ثلاثًا ، طَلُقَتْ ثلاثًا ، وإن لم تشَأْ ، أو شاءت دونَ الثَّلاثِ ، وَقَعت واحدةً[٢] ؛ لأنَّ هذا هو السابقُ إلى الفَهْمِ مِن ذلك . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها إذا شاءَت ثلاثًا ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه علَّقَ وُقوعَ الواحِدَةِ على عدَمِ مَشِيئَتِها الثَّلاثَ ، ولم يُوقِعْ بمَشِيئَتِها[٣] شيئًا ، فأَشْبَهَ قولَه : إلَّا أن تَشائِى .

وإن قال : أنتِ طالقٌ إن شئتِ وشاء أبوكِ . فشاء أحدُهما مُنْفرِدًا ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الشَّرْطُ .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ إن كنتِ تُحِبِّينَ أن يُعذِّبَكِ اللَّهُ بالنارِ . أو

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى ف : « إذا شاءت » .

(٣) فى س ٣، م : « لمشيئتها » .

قال : إن كنتِ تُحِبِّينَ ذلكَ بقَلْبِكِ[1] . فقالت : أنا أُحِبُّ ذلك . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَطْلُقُ ؛ لأنَّها لا تُحِبُّ ذلك ، وقولُها كَذِبٌ لا يُلْتَفَتُ إليه . والثانى ، تَطْلُقُ ؛ لأنَّه لمَّا لم يُوقَفْ[2] على ما فى القَلْبِ ، عُلِّقَ على النُّطْقِ ، كالمَشِيئَةِ .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ ، أو : عَبْدِى حُرٌّ ، إن شاءَ اللَّهُ . طَلُقَت زَوْجَتُه ، وعَتَق عَبْدُه ؛ لِما رُوِىَ عن ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّه قال : إذا قال الرجلُ لامْرَأتِه[3] : أنتِ طالقٌ إن شاءَ اللَّهُ . فهى طالقٌ[4] . ولأنَّه اسْتِثْناءٌ يَرْفَعُ جملةَ الطَّلاقِ حالًا ومآلًا ، فلم يَصِحَّ ، كاسْتِثْناءِ الكلِّ .

فإن قال : أنتِ طالقٌ إن دخَلْتِ الدارَ إن شاءَ اللَّهُ . ففيه رِوَايتان ؛ إحْداهما ، يَقَعُ الطَّلاقُ ؛ لِما ذكَرْنا . والأُخْرَى ، لا يَقَعُ ؛ لأنَّ الطَّلاقَ المُعَلَّقَ بشَرْطٍ يَمِينٌ ، فيَدْخُلُ فى عُمومِ قولِ النبىِّ ﷺ : « مَن حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فقال : [٣١٩ظ] إن شاءَ اللَّهُ . (٥لم يَحْنَثْ٥) » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[6] ، وقالَ :

---

(١) فى م : « فى قلبك » .

(٢) فى ف : « توقف » .

(٣) فى م : « لزوجته » .

(٤) أخرجه ابن عدى ، فى : الكامل ١/ ٣٣٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٦١.

(٥ - ٥) فى س ٣، م : « فلا حنث عليه » .

(٦) فى : باب ما جاء فى الاستثناء فى اليمين ، من أبواب النذور والأيمان . عارضة الأحوذى ٧/ ١٢ - ١٤. وقد نقل كلام محمد بن إسماعيل عن الحديث ، والذى حسنه الترمذى حديث ابن عمر بلفظ : « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء اللّه . فقد استثنى ، فلا حنث عليه » .

كما أخرجه أبو داود من حديث ابن عمر بنحو ما أخرجه الترمذى فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبى داود ٢/ ٢٠١، ٢٠٢. والنسائى ، فى : باب من =

حديثٌ[1] حسنٌ غريبٌ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ إلَّا أن يشاء اللَّهُ . طَلُقَت ؛ لِما ذكَرْنا ، ولأنَّه علَّقَ رَفْعَ الطَّلاقِ على مَشِيئَةٍ لا يُوقَفُ عليها . وإن قال : أنتِ طالقٌ ما لم يَشَأْ اللَّهُ . أو : إن لم يَشَأْ اللَّهُ . طَلُقَتْ ؛ لأنَّه علَّقَه بمُسْتَحِيلٍ ، فإنَّ وُقوعَ طَلاقِها إذا لم يَشَأْ[2] اللَّهُ مُحالٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَحْنَثَ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ لَتَدْخُلِنَّ الدارَ إن شاءَ اللَّهُ . لم يَحْنَثْ ، دخَلَتِ الدارَ[3] أو لم تَدْخُلْ ؛ لأنَّها إن دَخَلَت ، فقد شاءَ اللَّهُ ، وإن لم تدْخُلْ[4] ، فلم يشَأْ[2] اللَّهُ تعالى .

فصلٌ في تعْليقِه بوَقْتٍ مُسْتَقْبَلٍ : لا يَصِحُّ تعْلِيقُ الطلاقِ قبلَ النِّكاحِ ، فلو قال لأجْنَبِيَّةٍ : إن دخَلْتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ . فتزَوَّجها ، ودَخَلَتِ الدارَ[5] ، لم تَطْلُقْ ؛ لِما رُوِىَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا طَلاقَ ولَا عَتاقَ فِيما لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ ، [6]وإن عَيَّنَها[6] » . رَواه الدَّارَقُطْنِيُّ[7] . وفى لَفْظٍ :

= حلف فاستثنى ، وباب الاستثناء ، من كتاب الأيمان . المجتبى ٧/ ١٢، ٢٣. وابن ماجه ، فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١/ ٦٨٠. والدارمى ، فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب النذور والأيمان . سنن الدارمى ٢/ ١٨٥. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٦، ١٠، ٤٨، ٦٨، ١٢٦، ١٢٧، ١٥٣.

(١) سقط من : الأصل ، س ٣.

(٢) فى الأصل : « يشأه » .

(٣) زيادة من : الأصل ، م .

(٤) فى الأصل : « تفعل » .

(٥) زيادة من : م .

(٦ - ٦) فى م : « ولو سميت المرأة بعينها » .

(٧) فى : سننه ٤/ ١٧.

«لَا طَلَاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ». رَواه التِّرمِذِىُّ[1]، وقال: حديثٌ حسنٌ. ورَوَى أبو داودَ الطَّيالِسِىُّ[2] نحوَه.

وإن قال: كلُّ امرأةٍ أتزَوَّجُها فهى طالقٌ. أو[3]: إن تزَوَّجْتُ فُلَانَةَ فَهِىَ طَالِقٌ. ثم تزَوَّجَها، لم يقَعْ؛ لذلك[4]. قالَ أبو بَكْرٍ: لا يَخْتَلِفُ قولُ أبى عبدِ اللَّهِ أنَّ الطلاقَ إذا وَقَع[5] قبلَ النِّكاحِ، لا يقَعُ. وقال غيرُه عن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّ الطَّلاقَ يقَعُ؛ لأنَّه يصِحُّ تعْلِيقُه على الأخْطارِ، فصَحَّ تعْلِيقُه على المِلْكِ، كالوَصِيَّةِ. والمَذْهَبُ الأَوَّلُ؛ لِما ذكَرْنا، ولأنَّ مَن لا يَقَعُ طلاقُه بالمُباشَرَةِ لا يصِحُّ تعْليقُه، كالمجْنُونِ.

فصل: إذا علَّقَ الطلاقَ بعدَ النِّكاحِ بوَقْتٍ، طَلُقَت بأوَّلِه؛ لأنَّه إذا عُلِّقَ بشَىْءٍ تعَلَّقَ بأَوَّلِه، كما لو قال: أنتِ طالقٌ إذا دخَلْتِ الدارَ. طَلُقَتْ بدُخُولِها أوَّلَ جُزْءٍ منها. فلو قال: أنتِ طالقٌ فى رَمَضانَ. طَلُقَت بغُرُوبِ

---

(١) فى: باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح، من أبواب الطلاق. عارضة الأحوذى ٥/ ١٤٧. وبنحوه أخرجه أبو داود الطيالسى، فى صفحة ٢٩٩.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب فى الطلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥٠٦. وابن ماجه، فى: باب لا طلاق قبل النكاح، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٠. والإمام أحمد، فى: المسند ٢/ ١٨٩، ١٩٠، ٢٠٧.

وانظر الإرواء ٦/ ١٧٣، ١٧٤.

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٦١.

(٣) فى الأصل، س٣، م: «و».

(٤) فى م: «كذلك».

(٥) فى ف: «أوقع».

شمسِ شَعْبانَ . وإن قال : أنتِ طالقٌ اليومَ . طَلُقت فى الحالِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ غدًا . طَلُقَتْ بطُلوعِ فَجْرِه . فإن قال : أرَدْتُ فى آخِرِ الشهرِ واليومِ والغَدِ . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْن .

وإن قال : أنتِ طالقٌ فى أوَّلِ رَمَضانَ ، أو : فى غُرَّتِه . طَلُقَت فى أوَّلِه ، ولم يُقْبَلْ قولُه : نوَيْتُ فى[1] آخِرِه . لأنَّه لا يَحْتَمِلُه . وإن قال : أرَدْتُ بالغُرَّةِ اليومَ الثانىَ . قُبِلَ ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ ؛ لأنَّ الثَّلاثَ الأُوَلَ مِن الشهرِ تُسَمَّى غُرَرًا .

وإن قال : أنتِ طالقٌ إذا رأَيْتِ هِلالَ رَمَضانَ . طَلُقَتْ بأوَّلِ جُزْءٍ منه ؛ لأنَّ رُؤْيَتَه فى الشَّرْعِ عِبارةٌ عمَّا[2] يُعْلَمُ به دُخُولُه ؛ بدليلِ قولِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « صُومُوا لِرُؤْيَتِه ، وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِه »[3] . فإن قال : أرَدْتُ إذا رأيْتِه[4] بعَيْنَيْكِ . قُبِلَ ؛ لأنَّه فسَّرَ[5] اللفظَ بمَوْضُوعِه . ويتَعلَّقُ الحُكْمُ برُؤْيَتِها إيَّاه بعدَ الغُروبِ ؛ لأنَّ هِلالَ الشهرِ ما كان فى أوَّلِه . ويَحْتَمِلُ أن يتَعلَّقَ برُؤْيَتِها إيّاه قبلَ الغُروبِ وبعدَه ؛ لأنَّه هِلَالٌ للشَّهْرِ يتَعلَّقُ به وُجوبُ الصَّوْمِ والفِطْرِ . فإن لم تَره[6] حتى أَقْمَرَ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه ليس بهِلالٍ . واخْتُلِفَ فيما يُقْمِرُ به ، فقيلَ : بعدَ ثالثَةٍ . وقيلَ : باسْتِدارَتِه . وقيلَ : إذا بَهَر ضَوْءُه .

---

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « على ما » .

(٣) تقدم تخريجه فى ٢/ ٢٢٨.

(٤) فى ف : « رأيتيه » .

(٥) فى الأصل : « فسد » .

(٦) فى الأصل : « يره » .

وإن قال : أنتِ طالقٌ إلى شهرِ رَمَضانَ . طَلُقَتْ فى أوَّلِ جُزْءٍ منه ، كقولِه : فى شهرِ رَمَضانَ . لأنَّه جَعَلَ الشَّهْرَ [٣٢٠و] غايَةً للطَّلاقِ ، ولا غايَةَ لآخِرِه ، فوَجَب أن يُجْعَلَ غايَةً لأوَّلِه . وإن قال : أردْتُ الإيقاعَ فى الحالِ . طَلُقَت ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نَفْسِه بما هو أغْلَظُ .

وإن قال : أنتِ طالقٌ فى آخِرِ أوَّلِ الشَّهْرِ . طَلُقت فى آخِرِ أوَّلِ يومٍ منه ؛ لأنَّه أوَّلُه . وإن قال : فى أوَّلِ آخِرِه . طَلُقَت بطُلوعِ فَجْرِ آخِرِ يومٍ منه ؛ لأنَّه آخِرُه . وقال أبو بَكْرٍ : تَطْلُقُ فى المسْألَتَيْن بغُروبِ شمسِ اليومِ الخامِسَ عَشَرَ منه ؛ لأنَّه آخِرُ نِصْفِ الشهرِ الأوَّلِ وأوَّلُ نِصْفِه الآخِرِ .

فصل : إذا قال : إذا مَضَت سنَةٌ فأنتِ طالقٌ . اعْتُبِرَ مُضِيُّ سَنَةٍ بالأَهِلَّةِ ؛ لأنَّها السَّنَةُ المعْهُودَةُ فى الشَّرْعِ . فإن قاله فى أثْناءِ شَهْرٍ ، كُمِّلَ[١] ذلك الشَّهْرُ بالعَدَدِ ثلاثينَ يَوْمًا ، وأحَدَ عشَرَ شَهْرًا بالأَهِلَّةِ . وإن قال : أردتُ سنَةً بالعَدَدِ ، وهى ثَلاثُمِائةٍ وستُّونَ يومًا . أو : شَمْسِيَّةً ، وهى ثَلاثُمِائةٍ وخَمْسةٌ وسِتُّونَ يومًا . قُبِلَ ؛ لأنَّها[٢] سنَةٌ حقيقةً .

وإن قال : إذا مَضَتِ السَّنَةُ فأنتِ طالقٌ . طَلُقَت بانْسِلاخِ ذِى الحِجَّةِ ؛ لأنَّ التعريفَ بالألِفِ واللامِ يقْتَضِى ذلك . فإن قال : أردتُ سنَةً كاملةً . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْن .

وإن قال : أنتِ طالقٌ فى كلِّ سنَةٍ طَلْقَةً . طَلُقَت فى الحالِ . ثم إذا

---

(١) فى ف : « كان » .

(٢) فى م : « لأنه » .

مَضَت سنَةٌ كاملةٌ ، طَلُقَت أُخرَى ، وكذلك الثالثةُ . وقال أبو الخَطّابِ : تَطْلُقُ الثانيةَ بدُخُولِ المحَرَّمِ ، وكذلك الثالثةُ . فإن قال : أردْتُ أن يكونَ ابْتِداءُ السِّنينَ مِن أوَّلِ الجدِيدَةِ . دُيِّنَ[1] . وهل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوايتَيْن .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ إذا قَدِم فلانٌ غدًا . أو : غدًا إذا قَدِمَ فُلانٌ . لم تَطْلُقْ حتى يَقْدَمَ ؛ لأنَّ الطلاقَ لا يَقَعُ قبلَ شَرْطِه . فإن ماتَت[2] قبلَ قُدومِه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّها لم تَبْقَ مَحَلًّا للطلاقِ . وإن قَدِم بعدَ الغَدِ ، لم تَطْلُقْ ؛ لفَواتِ محَلِّ الطلاقِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ يومَ يَقْدَمُ فُلانٌ . فقَدِمَ ليلًا ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الشرطَ لم يُوجَدْ ، إلَّا أن يريدَ باليومِ الوَقْتَ ، فتَطْلُقَ ، قال اللَّهُ تعالى : ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ ﴾[3] . وإن قَدِم نَهارًا ، طَلُقَت . وهل تَطْلُقُ فى أوَّلِ اليومِ أو حينَ قُدومِه ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَطْلُقُ مِن أوَّلِه ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ يومَ الجُمُعَةِ . والثانى ، لا تَطْلُقُ إلَّا بعدَ قُدومِه ؛ لأنَّه جَعَل قُدومَه فيه شَرْطًا ، فلا تَطْلُقُ قبلَه . فإن [4]ماتَت أو[4] مات[5] قبلَ قُدومِه ، طَلُقَت على الوَجْهِ الأوَّلِ ، ولم تَطْلُقْ على الثانى .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ اليومَ ، إن لم أُطَلِّقْكِ اليومَ . ولم يُطَلِّقْها ، طَلُقَتْ فى آخِرِ اليومِ إذا بَقِىَ منه ما لا يَتَّسِعُ لقَوْلِه : أنتِ طالقٌ . لأنَّ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « مات » .

(٣) سورة الأنفال ١٦.

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) بعده فى الأصل : « الزوج » .

مَعْناه: إذا فاتَنِى طلاقُكِ اليومَ فأنتِ طالقٌ. وبهذا يفُوتُ طَلاقُها. وقال أبو بَكْرٍ: لا تَطْلُقُ؛ لأنَّ شَرْطَ طَلاقِها خُروجُ اليومِ، وبخُروجِه يَفُوتُ[1] محَلُّ طَلاقِها. وإن قال: أنتِ طالقٌ اليومَ إذا جاءَ غَدٌ. فقال القاضِى فى مَوْضِعٍ: يقَعُ الطَّلاقُ فى الحالِ؛ لأنَّه علَّقَه بشَرْطٍ مُحالٍ، فلَغَا شَرْطُه، ووَقَع الطلاقُ، كما لو قال لآيِسَةٍ: أنتِ طالقٌ للبِدْعَةِ. وقال فى «المجَرَّدِ»: لا تَطْلُقُ؛ لأنَّه لا يقَعُ فى اليومِ لعَدَمِ الشَّرْطِ، فإذا جاءَ الغَدُ، لم يُمْكِنِ الطلاقُ فى اليومِ؛ لأنَّه زمَنٌ ماضٍ.

فصل: وإن قال: أنتِ طالقٌ اليومَ، غَدًا. طَلُقَت واحدةً؛ لأنَّ مَن طَلُقَتِ اليومَ فهى طالقٌ غدًا. وإن [٣٢٠ظ] قال: أردْتُ طَلْقَةً اليوم وطَلْقةً غدًا. طَلُقَتِ اثْنَتَيْن؛ لأنَّه يُقِرُّ على نفسِه بما هو أغْلَظُ. وإن قال: أردْتُ نِصْفَ طَلْقَةٍ اليومَ، ونِصْفَ طلْقَةٍ[2] غدًا. فكذلك؛ لأنَّ كُلَّ نِصْفٍ يُكَمَّلُ بالسِّرايَةِ، فيَصِيرانِ طَلْقَتَيْن. وإن قال: أردْتُ نِصْفَ طَلْقَةٍ اليومَ، وباقِيَها غدًا. فكذلك فى أحَدِ الوَجْهَيْن؛ لأنَّ باقِيَها نِصْفٌ يُكَمَّلُ بالسِّرايَةِ. والثانى، لا تَطْلُقُ إلَّا واحدةً؛ لأنَّه لمَّا كُمِّلَ النِّصْفُ الأوَّلُ، لم يَبْقَ مِن الطَّلْقَةِ شىءٌ، فلا باقِىَ لها.

فصل[3]: فإن قال: أنتِ طالقٌ[4] اليومَ والغَدَ. طَلُقَت واحدةً؛ لِما

---

(١) فى م: «يقوم».

(٢) سقط من: م.

(٣) سقط من: ف، م.

(٤) بعده فى الأصل: «فى».

ذكَرْناه . وإن قال : أنتِ طالقٌ فى اليومِ وفى الغدِ . فكذلك فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، تَطْلُقُ طَلْقَتَيْن ؛ لأنَّ إعادةَ حَرْفِ الصِّلَةِ يقْتَضِى فِعْلًا ، فكأنَّه قال : أنتِ طالقٌ فى اليومِ ، وأنتِ طالقٌ فى غَدٍ .

فصل : إذا قال : أنتِ طالقٌ بعدَ مَوْتِى . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّها بعدَ موتِه بائنٌ ، فليست مَحَلًّا للطلاقِ . وإن قال : أنتِ طالقٌ مع مَوْتِى . لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ زمَنَ البيْنُونَةِ زمَنُ الطلاقِ ، فلم يُمْكِنْ إيقاعُه .

وإن تزَوَّجَ أمَةَ أبِيه ، ثم قال : إذا مات أبى فأنتِ طالقٌ . فمات أبوه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه يَمْلِكُها بموتِ أبِيه ، فيَنْفَسِخُ نِكاحُه ، فيَجْتَمِعُ الفَسْخُ والطلاقُ ، فيَمْتَنِعُ وُقوعُه ، كالتى قبلَها . وفيه وَجْهٌ آخَرُ[1] ، أنَّها تَطْلُقُ ؛ لأنَّ زَمَنَ الطلاقِ عَقِيب المَوْتِ ، وهو زمَنُ المِلْكِ ، والفَسْخُ بعدَ المِلْكِ ، فيتقَدَّمُ الطلاقُ الفَسْخَ ، فيقَعُ . وإن قال : إنِ اشْتَرَيْتُكِ فأنتِ طالقٌ . واشْتَراها ، فعلى وَجْهَيْن ، كالتى قبلَها .

وإن قال الأبُ لجارِيَتِه : إذا مِتُّ فأنتِ حُرَّةٌ . وقال الزوجُ: إذا ماتَ أبِى فأنتِ طالقٌ . فماتَ الأبُ ، وَقَعَتِ الحُرِّيَّةُ والطلاقُ معًا ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ تَمْنَعُ ثُبوتَ المِلْكِ له ، فلا ينْفَسِخُ نِكاحُه ، فيقَعُ طلاقُه .

فصلٌ فى إضافَتِه إلى زَمَنٍ ماضٍ : إذا قال : أنتِ طالقٌ أمسِ . أو : قبلَ أن أتزَوَّجَكِ . لم يقَعِ الطَّلاقُ . نصَّ عليه ؛ لأنَّه أضافَه إلى زَمَنٍ يَسْتَحِيلُ

---

(١) سقط من : الأصل .

وُقوعُه فيه ، فلم يقَعْ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ قبلَ مَوْتِى بشهرٍ . وماتَ قبلَ مُضِىِّ شهرٍ . وقال القاضِى فى بَعْضِ كُتُبِه : تَطْلُقُ ؛ لأنَّه وَصَف الطَّلْقَةَ بما لا تَتَّصِفُ به ، فلَغَتِ الصِّفَةُ ، ووَقَع الطلاقُ ، كما لو قال لآيِسَةٍ : أنتِ طالقٌ للبِدْعَةِ . وحُكِىَ عن أبى بَكْرٍ أنَّ الطلاقَ يقَعُ فى قولِه : أنتِ طالقٌ قبلَ أن أتزَوَّجَكِ . خاصَّةً ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يتزَوَّجَها ثانيًا[1] ، وهذا الوقتُ قبلَه ، فيقَعُ فيه ، بخِلافِ التى قبلَها . وإن قال : أرَدْتُ طَلاقَها فى الحالِ . وَقَع ؛ لأنَّه يُقِرُّ على نفسِه بما هو أغْلَظُ . وإن قال : أرَدْتُ أنِّى طَلَّقْتُها أمسِ . طَلُقَت بإقْرارِه . وإن قال : أردْتُ أنِّى طَلَّقْتُها فى نِكاحٍ آخَرَ ، أو طَلَّقَها زَوْجٌ قَبْلِى . فقد ذَكَرْنَا حُكْمَه فيما مَضَى .

وإن قال: أنتِ طالقٌ قبلَ قُدومِ أخِى بشهرٍ . أو : قبلَ مَوْتِى بشهرٍ . فقَدِمَ أخُوه ، أو[2] ماتَ مع مَجِىءِ الشهرِ أو قبلَه ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه زمَنٌ ماضٍ . وإن [3]قَدِم أو[3] ماتَ بعدَ مُضِىِّ شهرٍ وجُزْءٍ يقَعُ الطلاقُ فيه ، تَبَيَّنَّا أنَّه وَقَع فى ذلكَ الجُزْءِ قبلَ الشهرِ .

فإن خَلَعها بعدَ تَعْليقِ طَلاقِها بيومٍ ، ثم ماتَ ، أو قَدِم بعدَ التَّعْلِيقِ بشَهْرٍ وساعَةٍ ، وَقَع الطلاقُ دونُ الخُلْعِ ؛ لأنَّها بانَت بالطلاقِ ، فكان الخُلْعُ لبائنٍ . وإن ماتَ أو[2] قَدِمَ بعدَ الخُلْعِ بشهرٍ وساعةٍ ، [٣٢١و] صَحَّ الخُلْعُ ؛ لأنَّه

---

(١) فى م : « بائنا » .

(٢) فى الأصل : « و » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « قدما و » .

صادَفَ زَوْجَةً ، ولم يقَعِ الطلاقُ ؛ لأنَّها بانَت بالخُلْعِ قبلَه .

وإن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ مَوْتِى . طَلُقَت فى الحالِ ؛ لأنَّه قبلَ مَوْتِه ، وكذلك[1] إن قال : أنتِ طالقٌ قبلَ قُدومِ زَيْدٍ . سَواءٌ قَدِم أو لم يَقْدَمْ . ذكَرَه القاضِى . وإن قال : أنتِ طالقٌ قُبَيْلَ[2] مَوْتِى . أو : قُبَيْلَ[2] قُدومِ زَيْدٍ . لم يقَعِ الطلاقُ[3] إلَّا فى الجزْءِ الذى يَلِى الموْتَ ؛ لأنَّ ذلكَ تَصْغِيرٌ يقْتَضِى الجُزْءَ اليَسِيرَ .

فصل : وإن علَّقَه على مُسْتَحِيلٍ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ إن طِرْتِ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا تَطْلُقُ ؛ لأنَّه علَّقَه على صِفَةٍ لم تُوجَدْ . والثانى ، تَطْلُقُ ؛ لأنَّه علَّقَ طلاقَها على ما يرْتَفِعُ به جملةً ، فلَغا الشَّرْطُ ، ووَقَع الطلاقُ ، كقولِه : أنتِ طالقٌ طَلْقةً لا تَلْزَمُكِ . ولو قال : أنتِ طالقٌ إن لم تَطِيرِى . أو : تَقْتُلِى الميِّتَ . طَلُقَت فى الحالِ ؛ لأنَّه معْلُومٌ عدَمُه . وإن قال : أنتِ طالقٌ لتَطِيرِنَّ . فكذلك . وحُكِىَ عن القاضِى أنَّه لا يَحْنَثُ .

فصل : إذا كَتَب إليها : إذا أتاكِ كِتابِى فأنتِ طالقٌ . فأتاها الكتابُ ، طَلُقَت إذا أَتاها . وإن ذَهَبت حَواشِيه ، أو امَّحَى[4] ما فيه ، إلَّا ذِكْرَ الطَّلاقِ ، طَلُقَت ؛ لأنَّه أَتاها كتابُه[5] مُشْتَمِلًا على المقْصُودِ . وإنِ امَّحَى[6]

---

(١) فى الأصل : « لذلك » .

(٢) فى الأصل : « قبل » .

(٣) زيادة من : م .

(٤) فى س ٣ : « انمحى » .

(٥) فى الأصل : « كتابها » .

(٦) فى ف ، س ٣ : « انمحى » .

كلُّ ما فيه ، أو امَّحَى[1] ذِكْرُ الطلاقِ ، أو ضاعَ الكتابُ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ المقْصُودَ لم يأْتِ . وإن ذَهَب الكتابُ إلَّا مَوْضِعَ الطلاقِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَطْلُقُ ؛ [2]لأنَّ المقْصُودَ[2] أتاها . والثانى ، لا تَطْلُقُ ؛ لأنَّ الكتابَ لم يأْتِ . وإن قال : إذا أتاكِ طلاقِى فأنتِ طالقٌ . ثم كَتَب : إذا أتاكِ كتابِى فأنتِ طالقٌ . فأَتاها الكتابُ ، طَلُقَت طَلْقَتَيْن ، واحدةً بمَجِىءِ[3] الكتابِ ، وأُخْرَى بمَجِىءِ[3] الطلاقِ .

فصلٌ فى مسائلَ تَنْبَنِى على نِيَّةِ الحالفِ : إذا قال : إن لم تُخْبِرِينى بعَدَدِ حَبِّ هذه الرُّمَّانَةِ[4] فأنتِ طالقٌ . فإنَّها تَعُدُّ له عدَدًا يعْلَمُ[5] أنَّ عدَدَها داخِلٌ فيه ، ولا يَحْنَثُ إذا نَوَى ذلك ، فإن لم يَنْوِ ، حَنِثَ فى قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ الأَيمانَ تَنْبَنِى على المَقاصِدِ ، وظاهِرُ قَصْدِ الحالفِ العِلْمُ بكَمِّيَّتِه ، ولا يحْصُلُ بهذا . فإن قال : إن لم تُمَيِّزِى نَوَى ما أَكَلْتُ مِن نَوَى ما أَكَلْتِ ، فأنتِ طالقٌ . فأفْرَدَت كلَّ نَواةٍ وحدَها ، فالحُكْمُ فيها كالتى قبلَها .

ولو وَقَعَت فى ماءٍ جارٍ ، فقال : إن [6]أَقَمْتِ فيه[6] ، أَو خرَجْتِ منه ،

---

(١) فى ف ، س ٣: « انمحى » .
(٢ - ٢) فى ف : « لأنه » .
(٣) فى ف : « لمجىء » .
(٤) بعده فى م : « وإلا » .
(٥) فى الأصل : « تعلم » .
(٦ - ٦) فى الأصل ، ف : « قمت منه » .

فأنتِ طالقٌ. فقال القاضِى فى «الجامِعِ»: هى كذلك؛ لأنَّ ظاهِرَ[1] قصْدِه خُروجُها مِن النهرِ. وقال فى «المُجَرَّدِ»: لا يَحْنَثُ بحالٍ؛ لأنَّ الماءَ الذى كانت فيه جَرَى وصارَت فى غيرِه.

ولو قال: إن كانَتِ امْرأتى فى السُّوقِ فعَبْدِى حُرٌّ، وإن كان عَبْدِى فى السُّوقِ فامْرأتى طالقٌ. فكانا فى السُّوقِ، عَتَق العبدُ، ولم تَطْلُقِ المرأةُ؛ لأنَّ العَبْدَ عَتَق باللَّفْظِ الأوَّلِ، فلمَّا عَتَق، لم يَبْقَ له فى السُّوقِ عَبْدٌ.

ولو كان فى فِيها تَمْرَةٌ، فقال: إن أكَلْتِيها، أو أمْسَكْتِيها، أو أَلْقَيْتِيها، فأنتِ طالقٌ. فأكَلَت بعضَها، وأَلْقَت[2] بعضَها، انْبَنَى على فِعْلِ بعضِ المَحْلُوفِ عليه.

ولو كانت على سُلَّمٍ، فحَلَف عليها أن لا تَنْزِلَ عنه، ولا تَصْعَدَ عنه، ولا تَقِفَ عليه، فإنَّها تَنْتَقِلُ إلى سُلَّمٍ آخَرَ، ثم تَنْزِلُ أو تَصْعَدُ؛ لأنَّ صُعُودَها و[3] نُزُولَها إنَّما حَصَل مِن غيرِه.

ولو سرَقَت زوْجَتُه [٣٢١ظ] منه شيئًا، فحَلَف: لتَصْدُقِنِّى أَسَرَقْتِ منِّى شيئًا أم لا؟ [4]وكانت قد سَرَقَتْ منه[4]، وخَشِيَت أن تُخْبِرَه، فإنَّها تقولُ: سرَقْتُ منكَ ما سَرَقْتُ منكَ. وتكونُ «ما»، هاهُنا، بمعنَى الذى.

فصل: ومتى علَّقَ طلاقَ زَوْجَتِه على صِفَةٍ، ثم أَبانَها، ثم تزَوَّجَها قبلَ

---

(١) فى م: «الظاهر».

(٢) فى م: «رمت».

(٣) فى م: «أو».

(٤ - ٤) سقط من: الأصل، ف.

الصِّفَةِ ، عادَتِ الصِّفَةُ ؛ لأنَّ العَقْدَ والصِّفَةَ وُجِدا منه فى المِلْكِ ، فأَشْبَهَ ما لو لم يتخَلَّلْهما بَيْنُونَةٌ . وإن وُجِدَتِ الصِّفَةُ حالَ البَيْنُونَةِ ، لم تَنْحَلَّ اليمينُ ؛ لأنَّه لم يَحْنَثْ فى يمينِه ، فلم تنحَلَّ ، كما لو لم تُوجَدِ الصِّفَةُ ، ولأنَّ المِلْكَ مُقَدَّرٌ فى يَمِينِه لتقْيِيدِ الطلاقِ به . ويتَخرَّجُ أن تَنْحَلَّ الصِّفَةُ ؛ بِناءً على قولِه فى العِتْقِ . وهو اخْتِيارُ أبى الحسنِ التَّمِيمِىِّ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ وُجِدَت فانْحَلَّتِ اليمينُ بها ، كما لو وُجِدَت حالَ المِلْكِ ، ولأنَّ اليَمِينَ إذا تعَلَّقَت بعَيْنٍ ، لم تتَقَيَّدْ بالمِلْكِ ، كما لو حَلَف لا يَدْخُلُ هذه الدارَ وهى مِلْكُه .

بابُ الشَّكّ فى الطَّلاقِ

إذا شكَّ هل طَلَّقَ أم لا ؟ لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ النِّكاحَ مُتيَقَّنٌ ، فلا يَزُولُ بالشَّكِّ . وإن طَلَّقَ فلم يَدْرِ ، أواحِدَةً طَلَّقَ أم ثلاثًا؟ بَنَى على اليَقِينِ ؛ لذلكَ[1] . نَصَّ عليه أحمدُ . فإنِ ارْتَجَعَها ، فعليه نفقَتُها . واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى حِلِّها ، فقال الخِرَقِىُّ : هى مُحَرَّمَةٌ ؛ لأنَّه مُتيَقِّنٌ للتَّحْرِيمِ الحاصِلِ بالطلاقِ ، شاكٌّ فى حُصولِ الحِلِّ بالرَّجْعَةِ ، فلا يَزُولُ التَّحْرِيمُ المُتيَقَّنُ بالشَّكِّ . وقال غيرُه : تَحِلُّ ؛ لأنَّ الرَّجْعَةَ مُزِيلَةٌ لحُكْمِ[2] المُتَيَقَّنِ مِن الطَّلاقِ . ومنهم مَن مَنَع حُصُولَ التَّحْرِيمِ بالطَّلاقِ ؛ لكَوْنِ الرجْعِيَّةِ[3] مُباحَةً ، فلم يكنِ التحرِيمُ مُتيَقَّنًا[4] . والوَرَعُ أن يَلْتَزِمَ حُكْمَ الطلاقِ الأكثرِ ، فيَدَعَها[5] حتى تَقْضِىَ[6] عِدَّتَها لتَحِلَّ لغيرِه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « دَعْ مَا يَرِيبُكَ إِلَى مَا لَا يَرِيبُكَ »[7] .

---

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) فى م : « الحكم » .

(٣) فى م : « الرجعة » .

(٤) فى ف : « منفيا » ، وفى م : « يقينا » .

(٥) فى م : « ثم يدعها » .

(٦) فى م : « تنقضى » .

(٧) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا عمرو بن على ...، من أبواب القيامة . عارضة الأحوذى ٩/ ٣٢٠، ٣٢١. والنسائى ، فى : باب الحث على ترك الشبهات ، من كتاب الأشربة . المجتبى =

فصل : وإذا قال لنسائِه : إحْداكُنَّ طالقٌ . ولم يَنْوِ واحدةً بعَيْنِها ، أُقْرِعَ بينَهُنَّ ، فأُخْرِجَت بالقُرْعَةِ المُطَلَّقَةُ مِنْهُنَّ . نصَّ عليه ؛ (1)لأنَّ ذلك(1) يُرْوَى عن عليٍّ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما . ولأنَّ الطلاقَ إزالَةُ مِلْكٍ يُبنِى على التَّغْلِيبِ والسِّرايَةِ ، فتَدْخُلُه القُرْعَةُ ، كالعِتْقِ . وإن نَوَى واحدَةً بعَيْنِها ، طَلُقَت وَحْدَها ؛ لأنَّه نَوَى بلَفْظِه ما يَحْتَمِلُه ، فانْصَرفَ إليه ، وقولُه فى ذلك مَقْبُولٌ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ إلَّا مِن جِهَتِه ، فقُبِلَ قولُه[2] ، كقولِ المرأةِ فى حَيْضِها .

وإن قال : هذه المُطَلَّقَةُ ، بل هذه[3] . طَلُقَتا ؛ لأنَّ إقْرارَه[4] بطَلاقِ[5] الثانيةِ مَقْبُولٌ ، ورُجُوعَه عن طلاقِ الأُولَى غيرُ مَقْبُولٍ . وإن قال : طَلَّقْتُ هذه ، بل هذه أو هــذه . طَلُقَتِ الأُولَى وإحْدَى الأُخْرَيَيْن . وإن قال : هذه (6)أو هذه(6) ، بل هذه . طَلُقَتِ الثالثةُ[7] وإحْدَى الأُولَيَيْنِ . وإن قال : طَلَّقْتُ هذه وهذه ، أو هذه . احْتَمَلَ أن يكونَ الشَّكُّ فى الجميعِ ؛ لأنَّه أَتَى بحَرْفِ الشَّكِّ بعدَ الأُولَيَيْن ، فيَعُودُ إليهما . واحْتَمَلَ أن يكُونَ الشَّكُّ فى

= ٨/ ٢٩٤. والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٢٠٠، ٣/ ١١٢، ١٥٣. وصححه فى الإرواء ١/ ٤٤.

(١ - ١) فى م : « لأنه » .

(٢) فى م : « منه » .

(٣) بعده فى م : « المطلقة » .

(٤) فى الأصل : « طلاقه » .

(٥) فى الأصل : « بإقرار » .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى الأصل : « الثانية » .

الثانيةِ والثالثةِ ؛ لأنَّ حَرْفَ الشَّكِّ بينَهما . وإن قال : طَلَّقْتُ هذه ، أو هذه وهذه . ففى أحَدِ الوَجْهَيْن يكونُ شَاكًّا فى طلاقِ الجميعِ ، [٣٢٢و] لا يَدْرِى أطَلَّقَ الأُولَى وحدَها أم الأُخْرَيَيْنِ جميعًا ؟ وفى الآخَرِ ، يكونُ مُتَيَقِّنًا لطَلاقِ الثالثةِ[1] ، شاكًّا فى طلاقِ[2] الأُولَيَيْن .

وكلُّ مَوْضِعٍ عَلِم أنَّه طلَّقَ بعْضَهُنَّ ، واشْتَبهت عليه بغيرِها ، فحُكْمُها حُكْمُ المَنْسِيَّةِ على ما سنَذْكُره .

وإن لم يَنْوِ واحدةً بعَيْنِها ، تعَيَّنَت بالقُرْعَةِ ، وعليه نفَقَةُ الجميعِ حتى تَتَعَيَّنَ[3] المُطَلَّقَةُ ؛ لأنَّهُنَّ مَحْبُوساتٌ عليه .

فصل : وإن طلَّقَ واحدةً بعَيْنِها ثلاثًا وأُنْسِيَها ، أو خَفِيَت عليه ، بأن يطلِّقَها فى ظُلْمَةٍ ، أو مِن وَراءِ حِجابٍ ، أو يَراها فى طاقَةٍ ، فيُطَلِّقَها وتَشْتَبِهَ عليه ، فإنَّه يَحْرُمُ عليه الجميعُ ؛ لأنَّه اشْتَبَهَت عليه[4] زَوْجَتُه بغيرِها ، فحَرُمَتا ، كما لو اشْتَبَهَت بمَن لم يتَزَوَّجْها . وإن عَلِمَها ، عَيَّنَها ، وقُبِلَ قولُه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ إلَّا مِن جِهَتِه . فإنِ امْتَنعَ مع العِلْمِ ، حُبِس حتى يُعَيِّنَها ؛ لأنَّه حقٌّ عليه امْتنعَ مِن[5] إيفائِه[6] . وإنِ ادَّعَت غيرُ المُعَيَّنَةِ عليه أنَّها

---

(١) فى م : « الثانية » .

(٢) زيادة من : الأصل .

(٣) فى م : « يتيقن » .

(٤) زيادة من : ف .

(٥) فى م : « عن » .

(٦) فى ف : « إيقاعه » .

المُطَلَّقَةُ ، فالقولُ قولُه مِن غيرِ يَمِينٍ . فإن مات ، أُقْرِعَ بينَهُنَّ ، فمَن خرَجَت لها القُرْعَةُ فلا مِيراثَ لها . قال إسْماعيلُ بنُ سعيدٍ : سألتُ أحمدَ عن الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرأةً مِن نِسائِه ، ولا يَعْلَمُ أيَّتَهُنَّ طَلَّقَ ، قال : أكْرَهُ أن أقولَ فى الطلاقِ بالقُرْعَةِ . قلتُ : أرَأيْتَ إن ماتَ بعدَها[1] ؟ قال : أقولُ بالقُرْعَةِ ؛ وذلكَ لأنَّه تَصِيرُ القُرْعَةُ على المالِ . وقد رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، فى رَجلٍ له أرْبَعُ نِسْوَةٍ ، طلَّقَ إحْداهُنَّ ، ثم ماتَ ، لا يُدْرَى أيَّتُهُنَّ طلَّقَ : أَقْرِعْ بينَ الأرْبَعِ ، وأَنْذِرْ[2] مِنْهُنَّ واحدةً ، واقْسِمْ بينَهُنَّ المِيراثَ[3] . وكذلكَ[4] إن ماتَتْ إحْداهُنَّ ، أو مِتْنَ جميعًا ، أقْرَعْنا بينَهُنَّ ، فمَن خَرَجَت [5]عليها القُرْعَةُ[5] ، حَرَمْناه مِيراثَها . وقال الخِرَقِىُّ وكثيرٌ مِن أصْحابِنا : يُقْرَعُ بينَهُنَّ فى حياتِه ، فمَن خَرَجت عليها قُرْعَةُ الطلاقِ ، بانَت ، وحَلَّ له البَواقِى . احْتِجاجًا بحديثِ علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه .

فإن ذَكَر بعدَ ذلك أنَّ المُطَلَّقَةَ غيرُها ، بانَتِ المذْكُورَةُ ؛ لأنَّها المُطَلَّقَةُ ، ويكونُ وَطْؤُه لها وَطْئًا بشُبْهَةٍ ، وتُرَدُّ إليه الأُخْرَى ، إلَّا أن تكونَ قد تزَوَّجَت ، أو تكونَ القُرْعَةُ بحُكْمِ حاكمٍ ، فلا تُرَدُّ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّها إذا تزَوَّجَت[6] تعَلَّقَ بها حقُّ غيرِه ، فلم يُقْبَلْ قولُه فى فَسْخِ نكاحِ غيرِه ، وقُرْعَةُ

---

(١) فى الأصل : « أحدها » .

(٢) فى م : « أنذر » . وأندر : أسْقِط .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة مختصرا ، فى : المصنف ٥/ ٤٦.

(٤) فى م : « لذلك » .

(٥ - ٥) فى الأصل : « منهن » .

(٦) بعده فى م : « فقد » .

الحاكمِ كحُكْمِه ، لا سَبِيلَ إلى نَقْضِه . وقال أبو بَكْرٍ ، وابنُ حامِدٍ : لا تُرَدُّ إليه التى عَيَّنَتْها القُرْعَةُ بحالٍ ؛ لأنَّه لا يُقْبَلُ قولُه عليها ، ولا يَرِثُها إن ماتَت ، وإن ماتَ هو وَرِثَتْه .

فصل : فإن رَأى طائرًا ، فقال : إن كان غُرابًا فحَفْصَةُ طالقٌ ، وإن كان حَمامًا فَعَمْرَةُ طالقٌ . فطارَ ولم يَعْرِفْ ما هو ، لم يَلْزَمْه طلاقٌ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه غيرُهما[1] . ولو قال : إن كان غُرابًا ، فحَفْصَةُ طالقٌ ، وإن لم يكنْ غُرابًا فعَمْرَةُ طالقٌ . ولم يعْرِفْ ما هو ، طَلُقَت إحْداهما . والحُكْمُ فيها على ما ذكَرْنا فى المُشْتَبِهَةِ . وإن كان الحالِفُ رَجُلَيْن ، فقد حَنِثَ أحدُهما[2] ، فيَحْرُمُ الوَطْءُ عليهما ؛ لأنَّنا عَلِمْنا التَّحْرِيمَ فى أحدِهما[3] ، فأَشْبَهَ ما لو كان الحالفُ واحدًا على زَوْجَتَيْن ، ويَبْقَى فى حقِّ كلِّ واحدٍ منهما أحْكامُ النِّكاحِ ؛ مِن النَّفَقَةِ والكِسْوةِ والمَسْكَنِ ؛ لأنَّ نِكاحَه كانَ مُتَيَقَّنًا ، وزَوالُه مشْكُوكٌ فيه .

وإن قال أحدُهما : إن كان غُرابًا فعبدِى حُرٌّ . وقال الآخَرُ : إن لم يكنْ غُرابًا فعَبْدِى حُرٌّ . لم يَعْتِقْ واحدٌ منهما ؛ لأنَّ الأصْلَ الرِّقُّ . فإنِ اشْتَرَى أحدُهما عبدَ صاحبِه ، عَتَق ؛ لأنَّ تَمَسُّكَه بعبدِه اعْتِرافٌ منه بعِتْقِ الآخَرِ ، وقد مَلَكَه ، [٣٢٢ظ] فيَعْتِقُ . قاله القاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : يُقْرَعُ بينَهما حِينَئِذٍ ؛ لأنَّ العَبْدَيْن صارا له ، وقد عُلِم عِتْقُ أحَدِهما لا

---

(١) فى م : « غيرها » .

(٢) فى الأصل : « فى إحداهما » .

(٣) فى الأصل ، م : « إحداهما » .

بعَيْنِه ، فيَعْتِقُ بالقُرْعَةِ ، إلَّا أن يكونَ أحدُهما قد أقَرَّ أنَّ الحانِثَ صاحِبُه ، فيُؤْخَذَ بإقْرارِه . ولو كان الحالفُ واحدًا ، فقال : إن كان غُرابًا فعَبْدِى حُرٌّ ، وإن لم يكنْ غُرابًا فأَمَتِى حُرَّةٌ . ولم يُعْرَفْ ، أقْرَعْنا[1] بينَهما ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه ، فهو الحرُّ ؛ لأنَّ القُرْعَةَ تُسْتَعْمَلُ لتَعْيِينِ الحُرِّيَّةِ .

فصل : إذا قال لحماتِه : ابْنَتُكِ طالقٌ . أو كان اسْمُ زَوْجَتِه زَيْنَبَ ، فقال : زَيْنَبُ طالقٌ . طَلُقَت زَوْجَتُه . فإن قال : أرَدْتُ ابْنَتَها الأُخْرَى . أو : أجْنَبِيَّةً[2] اسْمُها زَيْنَبُ . دُيِّنَ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما قالَه ، ولم يُقْبَلْ فى الحُكْمِ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّ غيرَ زَوْجَتِه ليس مَحَلًّا لطَلاقِه ، فلم يُقْبَلْ تفْسِيرُه بها . وإن نَظَر إلى زوْجَتِه وأجْنَبِيَّةٍ ، فقالَ : إحْداكما طالقٌ . فكذلك ؛ لِما ذكَرْناه . وقال القاضِى : هل يُقْبَلُ فى الحُكْمِ ؟ على رِوايَتَيْن .

فصل : فإن كانَت له زَوْجَتان ؛ هندٌ وزَيْنَبُ ، فقال : يا هِنْدُ . فأجابَتْه زَيْنَبُ ، فقال : أنتِ طالقٌ . يَنْوِى المُجِيبَةَ ، أو لم يَكنْ له نِيَّةٌ ، طَلُقَتِ المُجِيبَةُ وحدَها ؛ لأنَّها المُخاطَبَةُ بالطَّلاقِ ، ولم يُرِدْ غيرَها به . وإن قال : ظَنَنْتُ المُجِيبَةَ هِنْدًا ، فطَلَّقْتُها . طَلُقَتْ هِنْدٌ . رِوايةً واحدةً ؛ لأنَّه أرادَها بطَلاقِه ، وفى زَيْنَبَ رِوايَتان ؛ إحداهما ، تَطْلُقُ . اخْتارَها ابنُ حامِدٍ ؛ لأنَّه خاطَبَها بالطلاقِ ، فطَلُقَتْ ، كما لو لم يكنْ له نِيَّةٌ . والثانيةُ ، لا تَطْلُقُ ؛ لأنَّه لم يُرِدْها بكَلامِه ، فلم تَطْلُقْ ، كما لو أراد أن يقولَ : أنتِ طاهرٌ . فسَبَقَ لِسانُه

---

(١) فى م : « أقرع » .

(٢) فى م : « امرأة أجنبية » .

بقولِه: أنتِ[1] طالقٌ. وقال أبو بَكْرٍ: لا يَخْتَلِفُ كلامُ أحمدَ أنَّها لا تَطْلُقُ. وإن قال: عَلِمْتُ أنَّ المُجيبَةَ زَيْنَبُ وأرَدْتُ طلاقَ هِنْدٍ. طَلُقَتا معًا؛ هِنْدٌ بإرادَتِه، وزَيْنَبُ بخِطَابِه لها بالطلاقِ اخْتيارًا.

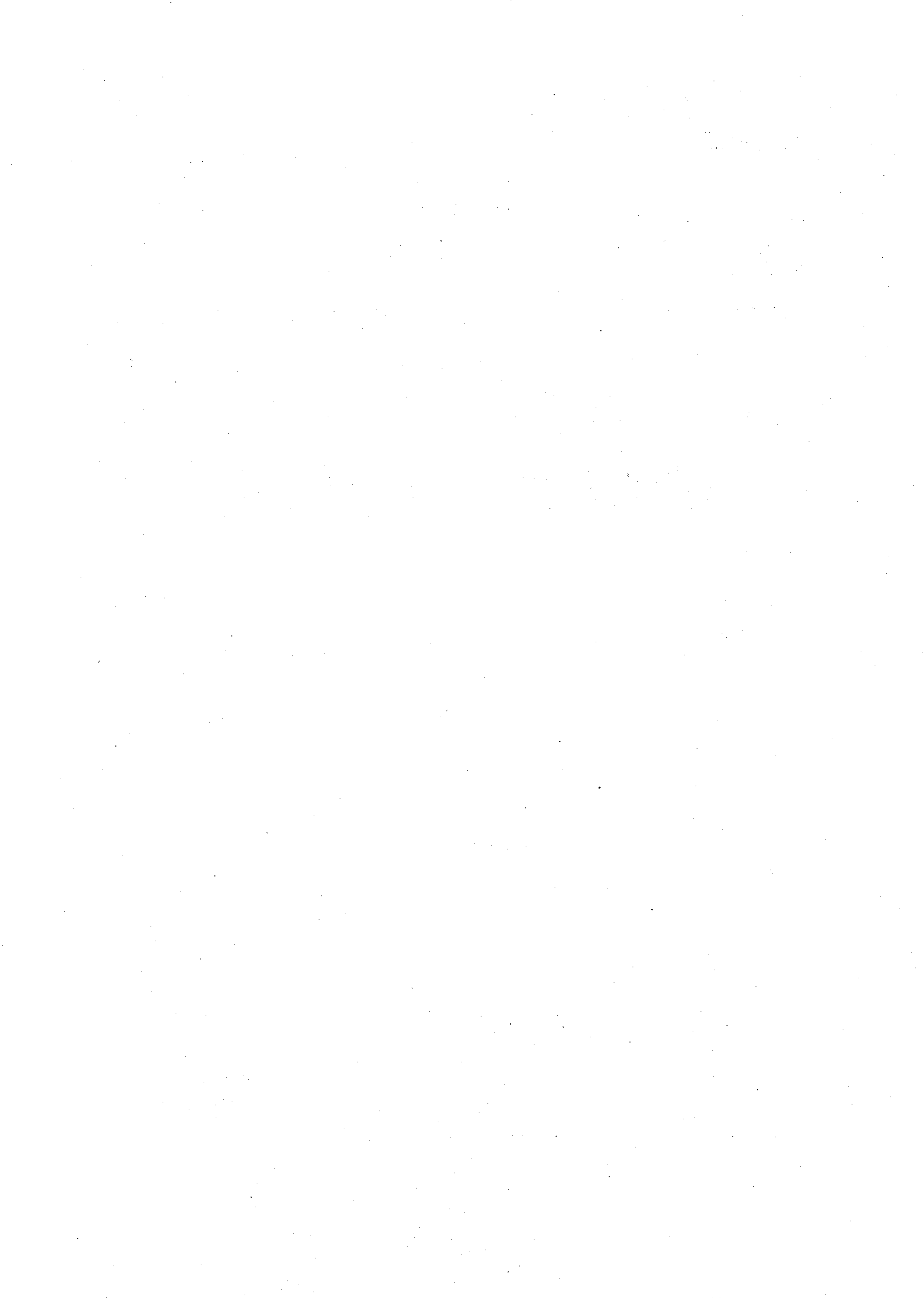
ولو لَقِيَ أجْنَبِيَّةً ظَنَّها[2] زَوْجَتَه، فقالَ: أنتِ طالقٌ. طَلُقَت زوْجَتُه؛ لأنَّه قَصَد زَوْجَتَه بلَفْظِ الطلاقِ، فطَلُقَتْ، كالتى قبلَها. وإن لَقِيَ زَوْجَتَه فظَنَّها أجْنَبِيَّةً، فقالَ: تَنَحَّىْ يا مُطَلَّقَةُ. أو أمَتَه، فقالَ: تَنَحَّىْ يا حُرَّةُ. يَظنُّها[3] أجْنَبِيَّةً، فقالَ أبو بَكْرٍ: لا يلْزَمُه عِتْقٌ ولا طَلاقٌ؛ لأنَّه لم يَقْصِدْ طلاقًا ولا عِتْقًا. ويُخَرَّجُ على قولِ ابنِ حامِدٍ أن يقَعَ العِتْقُ والطلاقُ؛ بِناءً على المَسْألةِ[4] فى أوَّلِ الفَصْلِ.

(١) سقط من: الأصل، ف.

(٢) فى م: «يظنها».

(٣) فى ف: «فظنها».

(٤) بعده فى ف: «التى».



كِتابُ الرَّجْعَةِ

إذا طَلَّقَ الحُرُّ زَوْجَته بعدَ الدُّخولِ بغيرِ عِوَضٍ أقَلَّ مِن ثلاثٍ، أو العبدُ أقَلَّ مِن اثْنَتَيْنِ، فله ارْتِجاعُها ما دامَتْ فى العِدَّةِ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾. إلى قولِه تعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ ﴾[١]. يريدُ الرَّجْعَةَ عندَ جماعَةِ أهْلِ التفْسِيرِ. وقالَ سبحانه وتعالَى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ ﴾[٢]. وروَى[٣] ابنُ عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما، قال: طَلَّقْتُ امْرأتِى وهى حائضٌ، فسأَلَ عُمَرُ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، النبىَّ ﷺ فقالَ: «مُرْهُ فَلْيُراجِعْهَا». مُتَّفَقٌ عليه[٤]. وعن عُمَرَ، رَضِىَ اللَّهُ عنه، أنَّ النبىَّ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ وراجَعَها. رَواه أبو داودَ[٥].

---

(١) سورة البقرة ٢٢٨.

(٢) سورة البقرة ٢٢٩.

(٣) بعده فى ف: «عن».

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٢٦، ٤٢٧.

(٥) فى: باب فى المراجعة، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥٣١.

كما أخرجه ابن ماجه، فى: باب حدثنا سويد بن سعيد، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/ ٦٥٠. والدارمى، فى: باب فى الرجعة، من كتاب الطلاق. سنن الدارمى ٢/ ١٦٠، ١٦١.

فإنِ انْقَضَتْ عِدَّتُها ، لم يَمْلِكْ رَجْعَتَها ؛ لقولِه تعالى : [٣٢٣و] ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ ﴾ . وإن طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا رَجْعَةَ له ؛ لأنَّه لا عِدَّةَ له[1] عليها ، فلا تَرَبُّصَ فى حقِّها يَرْتَجِعُها فيه . وكلُّ هذا مُجْمَعٌ عليه بحَمْدِ اللَّهِ .

فصل : وإذا كانت حامِلًا باثْنَيْنِ ، فوَضَعَتْ أحدَهما ، فله رَجْعَتُها قبلَ وَضْعِ الثانِى ؛ لأنَّ العِدَّةَ لا تَنْقَضِى إلَّا بوَضْعِ الحَمْلِ كلِّه .

وإن طَهُرَتْ ذاتُ القَرْءِ مِن القَرْءِ الثالثِ ولم تَغْتَسِلْ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، له رَجْعَتُها . اخْتارَه كثيرٌ مِن أصْحابِنا ؛ لأنَّ ذلك يُرْوَى عن أبى بَكْرٍ ، وعُمَرَ ، وعلىٍّ ، وغيرِهم ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . والثانيةُ ، لا رَجْعَةَ له ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾[2] . وهى الحَيْضُ ، وقد زال الحيضُ[3] . وهذا اخْتيارُ أبى الخَطَّابِ .

فصل : ويَمْلِكُ رَجْعَتَها بغيرِ رِضَاها ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾[4] . ولا تَفْتَقِرُ الرَّجْعَةُ إلى وَلِىٍّ ولا صَداقٍ ؛ لأنَّها إمْساكٌ . وهل تَفْتَقِرُ إلى إشْهادٍ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحداهما ، تَفْتَقِرُ إلى الإشْهَادِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[4] . وظاهِرُ الأمْرِ الوُجوبُ ، ولأنَّه اسْتِبَاحَةُ بُضْعٍ مَقْصُودٍ ، أَشْبَهَ

---

(١) زيادة من : ف .

(٢) سورة البقرة ٢٢٨.

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة الطلاق ٢.

النِّكاحَ. والثانيةُ، لا يجِبُ؛ لأَنَّه إمْسَاكٌ لا يَفْتَقِرُ إلى رِضَا المرأةِ، أشْبَهَ التَّكْفِيرَ فى الظِّهارِ.

فصل: (1) والرَّجْعِيَّةُ زَوْجَةٌ (1)؛ بدليلِ أنَّ اللَّهَ تعالى سمَّى الرَّجْعَةَ إمْسَاكًا، وسَمَّى المُطَلِّقِين بُعُولَةً، فقال[2] سبحانه وتعالى: ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾. فيَلْحَقُها طلاقُه، وظِهارُه، ولِعَانُه، وخُلْعُه، ويَرِثُها وتَرِثُه؛ لأَنَّها زَوْجَةٌ[3]، فثَبَتَ فيها ما ذكَرْنا، كما قبلَ الطَّلاقِ.

فصل: والرَّجْعِيَّةُ مُباحَةٌ لزَوْجِها، فلها التَّزَيُّنُ[4] والتَّشَرُّفُ له، وله السفَرُ بها، والخَلْوَةُ معها[5]، ووَطْؤُها، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[6]. وهذه زَوْجَةٌ. وعنه، أنَّها مُحَرَّمَةٌ. وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ؛ لأَنَّها مُعْتَدَّةٌ مِن طلاقِه، فحَرُمَتْ عليه، كالمُخْتَلِعَةِ. فإن وَطِئَها، فلا حَدَّ عليه؛ لأَنَّها زَوْجَتُه، ولا مَهْرَ عليه؛ لذلكَ[7]. ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ المَهْرُ على القولِ بالتَّحْرِيمِ، إذا أكْرَهَها على الوَطْءِ؛ لأنَّه وَطْءٌ حَرَّمَه[8] الطلاقُ، فأَشْبَهَ وَطْءَ المُخْتَلِعَةِ.

(1 - 1) فى الأصل: «الرجعة زوجية».

(2) فى الأصل: «بقوله».

(3) فى م: «زوجه».

(4) بعده فى ف: «له».

(5) فى ف: «بها».

(6) سورة المؤمنون 5، 6، سورة المعارج 29، 30.

(7) فى م: «كذلك».

(8) بعده فى ف: «عليه».

فصل : وتَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بالوَطْءِ فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ، قَصَد أو لم يَقْصِدْ ؛ لأنَّ سَبَبَ زَوالِ المِلْكِ انعقَدَ مع الخِيارِ ، والوَطْءُ مِن المالِكِ يَمْنَعُ زَوالَه ، كوَطْءِ البائعِ فى مُدَّةِ[1] الخِيارِ . ولا يَحْصُلُ باسْتِمْتاعٍ ، سَواءٌ[2] مِن قُبْلَةٍ أو لَمْسٍ ، أو نَظَرٍ إلى مُحَرَّمٍ[3] منها ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ . وقال ابنُ حامِدٍ : يُخَرَّجُ فيه وَجْهان مَبْنِيّان على الرِّوايَتَين فى تَحْرِيمِ المُصاهَرَةِ به[4] . فأمَّا الخَلْوَةُ بها ، فليْسَتْ رَجْعَةً بحالٍ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَ المُصَاهَرَةِ[5] لا يَثْبُتُ بها . وقال بعضُ[6] أصْحابِنا : يَحْصُلُ بها ؛ لأنَّه مُحَرَّمٌ مِن غيرِ الزَّوْجَةِ ، فأَشْبَهَ الاسْتِمْتاعَ . وعن أحمدَ ، لا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ إلَّا بالقولِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾[7] . ولا يحْصُلُ الإشْهادُ إلَّا على القولِ ، ولأنَّه اسْتِباحَةُ بُضْعٍ[8] مَقْصُودٍ ، أشْبَهَ النِّكاحَ .

فصل : وألْفاظُ الرَّجْعَةِ : رَاجَعْتُكِ . وارْتَجَعْتُكِ . لوُرُودِ[9] السُّنَّةِ بهما[10] فى حدِيثِ ابنِ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، واشْتِهارِهما فى العُرْفِ بهذا

---

(١) بعده فى ف : « حكم » .

(٢) فى الأصل ، ف : « سواه » .

(٣) فى ف : « ما حرم » .

(٤) سقط من : م ، وفى الأصل : « فيه » .

(٥) فى ف : « المظاهرة » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سورة الطلاق ٢ .

(٨) فى م : « عضو » .

(٩) بعده فى م : « النص و » .

(١٠) فى ف : « بها » .

اللَّفْظِ . [٣٢٣ظ] و : رَدَدْتُكِ . و : أَمْسَكْتُكِ . لوُرُودِ الكِتابِ بهما (١ في قولِه ١) تعالى : ﴿ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ . وقولِه تعالى : ﴿ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ ﴾ (٢) . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الصَّريحُ لَفْظَ المُراجَعَةِ وحدَه ؛ لاشْتِهارِه فى العُرْفِ دونَ غيرِه .

وإن قال : نكَحْتُكِ . أو : تزَوَّجْتُكِ . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ الرَّجْعَةُ به (٣) . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ؛ لأنَّ الأَجْنَبِيَّةَ تَحِلُّ به ، فالزَّوْجَةُ أَوْلَى . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه وُضِعَ لابْتِداءِ النِّكاحِ ، وهذا لاسْتِدامَتِه .

فإن قال : راجَعْتُكِ للمَحَبَّةِ . أو : الإِهانَةِ . فهى رَجْعَةٌ صحيحةٌ ؛ لأنَّه أَتَى بصَرِيحِ الرَّجْعَةِ ، وما قَرَنَه به يَحْتَمِلُ أن يكونَ بَيانًا للعِلَّةِ ، ويَحْتَمِلُ غيرَه ، فلا يزُولُ اللَّفْظُ عن مُقْتَضَاه بالشَّكِّ . فإن نَوَى به : إنَّنِى راجَعْتُكِ لمحَبَّتى إيَّاكِ . أو : لأُهِينَكِ . لم يقْدَحْ فى الرَّجْعَةِ ؛ لأنَّه ضَمَّ إليها بَيانَ عِلَّتِها . وإن لم يُرِدِ الرَّجْعَةَ ، وإنَّما أراد : راجَعْتُكِ إلى الإِهانَةِ بفِراقِى إيَّاكِ . أو : إلى المحَبَّةِ . فليس برَجْعَةٍ ؛ لأنَّه قَصَد بلَفْظِه غيرَ الرَّجْعَةِ .

فصل : ولا يَصِحُّ تعْلِيقُها على شَرْطٍ ؛ لأنَّه اسْتِباحَةُ بُضْعٍ ، فأَشْبَهَتِ النِّكاحَ . ولو قال : راجَعْتُكِ إنْ شِئْتِ . أو : كُلَّما طَلَّقْتُكِ فقد راجَعْتُكِ . لم يَصِحَّ .

(١ - ١) فى م : « لقوله » .

(٢) سورة البقرة ٢٣١، وسورة الطلاق ٢.

(٣) سقط من : الأصل ، وبعده فى الأصل ، ف : « و » .

وإن راجَعَها فى الرِّدَّةِ ، فقالَ أبو الخَطَّابِ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه اسْتِباحَةُ بُضْعٍ ، أشْبَهَ النِّكاحَ . وقال القاضِى : إن قُلْنا : تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ . فلا يَصِحُّ . وإن قُلْنا : لا تُتَعَجَّلُ . فهى مَوْقُوفَةٌ ؛ إن أسْلَمَ ، صَحَّتْ ، وإن لم يُسْلِمْ ، لم تَصِحَّ ، كما يَقِفُ الطلاقُ والنِّكاحُ . وهذا اخْتِيارُ ابنِ حامِدٍ .

فصل : وإذا ادَّعَتِ المرأةُ انْقِضاءَ عِدَّتِها بالقُرُوءِ فى زَمنٍ يُمْكِنُ انْقِضاؤُها فيه ، أو بوَضْعِ الحَمْلِ المُمْكِنِ ، فأنْكَرَها الزَّوْجُ ، فالقَوْلُ قولُها ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ ﴾[1] . فلولا أنَّ قولَهُنَّ مَقْبُولٌ ما حَرَّمَ عليهِنَّ كِتْمانَه ، كالشُّهودِ ، لمَّا حَرَّمَ عليهم كِتْمانَ الشَّهادَةِ ، دَلَّ على قَبُولِها منهم . وإنِ ادَّعَتِ انْقِضاءَ عِدَّتِها بالشُّهورِ ، فأنْكَرَها ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه اخْتِلافٌ فى وَقْتِ الطلاقِ ، والقولُ قولُه فيه . وإنِ ادَّعَتِ انْقِضاءَها فى مُدَّةٍ لا يُمْكِنُ انْقِضاؤُها فيها ، لم تُسْمَعْ دَعْوَاها ، مثلَ أن تَدَّعِىَ انْقِضاءَها بالقُروءِ فى أقَلَّ مِن ثَمانِيَةٍ وعِشْرِينَ يومًا ، إذا قُلْنا : الأَقْراءُ الأَطْهارُ . أو فى أقَلَّ مِن تِسْعَةٍ وعِشْرِينَ يومًا[2] ، إذا قُلْنا : هى الحِيَضُ . لأنَّنا نَعْلَمُ كَذِبَها . وإنِ ادَّعَتِ انْقِضاءَها بالقُروءِ[3] فى شَهْرٍ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُها إلَّا ببَيِّنَةٍ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه يُرْوَى عن علىٍّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه[4] . ولأنَّ ذلك يَنْدُرُ جِدًّا . وظاهِرُ قولِ[5] الخِرَقِىِّ قَبُولُ قَوْلِها بمُجَرَّدِه ؛

---

(١) سورة البقرة ٢٢٨.

(٢) زيادة من : ف .

(٣) فى ف : « فى القروء » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١/ ١٦٤.

(٥) فى الأصل : « كلام » .

لِما ذكَرْناه.

فصل: وإنِ ادَّعَى الزَّوْجُ رَجعَتَها فى عِدَّتِها فأنْكَرَتْه، فالقولُ قولُه؛ لأنَّه يَمْلِكُ رَجْعَتَها، فقُبِلَ قولُه فيه، كالطَّلاقِ. وإنِ ادَّعى رَجْعَتَها بعدَ انقِضاءِ[1] العِدَّةِ، فأنْكَرَتْه، فالقولُ قولُها؛ لأنَّه فى زَمَنٍ[2] لا يَمْلِكُها، والأصْلُ عدَمُها. فإن كان فى زَمَنٍ[2] يُمْكِنُ انْقِضاءُ العِدَّةِ فيه، فقالَت: قد انْقَضَتْ عِدَّتِى. فقال: قد كنتُ راجَعْتُكِ. فأنْكَرَتْه، لم يُقْبَلْ قولُه؛ لأنَّ قَوْلَها فى انْقِضاءِ عِدَّتِها مَقْبولٌ، فصارَ دَعْوَاه للرَّجْعَةِ بعدَ الحُكْمِ بانْقِضائِها. ولو سَبَق فقالَ: قد كنتُ راجَعْتُكِ. فقالَت: قد انْقَضَتْ عِدَّتِى قبلَ رَجْعَتِكَ. فأنْكَرَها، فالقولُ قولُه؛ لأنَّه ادَّعَى الرَّجْعَةَ قبلَ الحُكْمِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها[3]. وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّ القولَ قولُها فى الحالَيْن؛ لأنَّ مَن قُبِلَ قولُه سابِقًا، قُبِلَ مَسْبُوقًا، كسائرِ الدَّعاوَى. وإنِ ادَّعَى أنَّه أصابَها لتَثْبُتَ له رَجْعَتُها، فأنْكَرَتْه، [٣٢٤و] فالقوْل قولُها؛ لأنَّ الأصْلَ عدَمُها.

فصل: فإن طَلَّقَها، فانْقَضَتْ[4] عِدَّتُها وتزَوَّجَتْ، ثم ادَّعَى رَجْعَتَها، وصدَّقَتْه هى وزَوْجُها، رُدَّتْ إليه؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ الثانِىَ نكَحَها وهى زَوْجَةُ الأوَّلِ. وإن صدَّقَه أحدُهما دونَ الآخَرِ، قُبِلَ قولُه فى حقِّه وحدَه، فإن صدَّقَه الزَّوْجُ، انْفَسخَ نِكاحُه؛ لاعْتِرافِه بفَسادِه، ولم تُسَلَّمِ المرأةُ إليه؛ لأنَّ

---

(١) زيادة من: ف.

(٢) فى الأصل: «زمان».

(٣) فى م: «العدة».

(٤) فى الأصل، س ٣، م: «فقضت».

إقْرارَ الزَّوْجِ عليه غيرُ مَقْبُولٍ . وإن كان هذا قبلَ دُخُولِه بها ، فلها عليه نِصْفُ المَهْرِ ، وإن كان بعدَه ، فلها الجميعُ بمَنْزِلَةِ طَلاقِها . وإن صدَّقَتْه المرأةُ وحدَها ، لم يُقْبَلْ قولُها فى فَسْخِ نِكاحِ الزَّوْجِ . فإن بانَت منه بطَلاقٍ أو غيرِه ، رُدَّتْ إلى الأوَّلِ ؛ لأنَّ المَنْعَ الذى كان لحقِّ الثانى قد زال . وإن طَلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لاعْتِرافِها أنَّها ليست زَوْجَةً له . فإن أنْكَراه[1] ، فالقولُ قولُهما ، فإن أقام بَيِّنَةً بدَعْواه ، قُبِلَتْ ، ورُدَّتْ إليه ، سَواءٌ دَخَل بها الثانِى أو لم يَدْخُلْ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ الثانِىَ نكَحَها وهى زَوْجَةُ الأوَّلِ . وعن أبى عبدِ اللَّهِ رِوايَةٌ أُخْرَى ، إن دَخَل بها الثانى ، فهى زَوْجَتُه ، ويَبْطُلُ نِكاحُ الأوَّلِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما عَقَد عليها وهى مِمَّن يجوزُ العَقْدُ عليها فى الظاهِرِ ، ومع الثانِى مَزِيَّةُ الدُّخولِ . والأوَّلُ المَذْهَبُ .

فصل : وإن تزَوَّجَتِ الرَّجْعِيَّةُ فى عِدَّتِها ، فوَطِئَها الثانِى ، وحَمَلَتْ منه ، انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الأوَّلِ ، فإذا وضَعَتْ حَمْلَها ، أَتَمَّتْ عِدَّةَ الأوَّلِ ، وله رَجْعَتُها فى هذا التَّمامِ ؛ لأنَّها فى عِدَّتِه . وإن راجَعَها قبلَ الوَضْعِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها فى عِدَّةِ غيرِه لا فى عِدَّتِه . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الزَّوْجِيَّةَ باقيَةٌ ، وإنَّما انْقطَعَتْ عِدَّتُه لعارِضٍ ، فهو كما لو وُطِئَتْ فى صُلْبِ نِكاحِه .

فصل : وإن وَطِئَ الزَّوْجُ الرَّجْعِيَّةَ ، وقُلْنا : لا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ به . فعليها

---

(١) فى الأصل : « أنكره » .

اسْتِئْنافُ العِدَّةِ مِن الوَطْءِ، ويدْخُلُ فيها بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطلاقِ ؛ لأنَّهما عِدَّتانِ[1] مِن رجلٍ واحدٍ، فتداخَلا، وله ارْتجاعُها فى بَقِيَّةِ العِدَّةِ الأُولَى، وليس له ارْتجاعُها بعدَها ؛ لأنَّ عِدَّةَ الطَّلاقِ انْقَضَتْ.

فصل : إذا طلَّقَ الحرُّ زَوْجتَه ثلاثًا، [2]أو طَلَّقَ العَبْدُ زَوْجتَه[2] طَلْقَتَيْن، حَرُمَتْ عليه، ولم تَحِلَّ له حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه ويَطأَهَا ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ﴾[3].

ويُشْتَرطُ لحِلِّها للأوَّلِ شَرْطان ؛ أحدُهما، نِكاحُ زَوْجٍ غيرِه ؛ للآيَةِ، فلو كانَت أمَةً فوَطِئَها سيِّدُها، أو وُطِئَت بشُبْهَةٍ، أو اسْتَبْرَأَها مِن سيِّدِها، لم تَحِلَّ له، ولا بُدَّ أن يكونَ نِكاحًا صَحِيحًا، فلو نكَحَها نِكاحًا فاسِدًا ووَطِئَها، لم تَحِلَّ له. وذَكَر أبو الخَطَّابِ وَجْهًا آخرَ، أنَّه يُحِلُّها ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « لَعَنَ اللَّهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ »[4]. فسَمَّاه مُحَلِّلًا مع فَسادِ نِكاحِه. والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ المُطْلَقَ فى الكتابِ والسُّنَّةِ إنَّما يُحْمَلُ على الصحيحِ، وإنَّما سَمَّاه مُحَلِّلًا ؛ لقَصْدِه التَّحْلِيلَ فيما لا يَحِلُّ له[5]، كقولِه تعالى : ﴿ فَيُحِلُّوا۟ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ ﴾[6]. ولو أحَلَّ حَقِيقَةً، لم يكنْ هو والزَّوْجُ مَلْعُونَين.

---

(١) فى الأصل : « عدة ».

(٢ - ٢) سقط من : الأصل.

(٣) سورة البقرة ٢٣٠.

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩١، ٢٩٢.

(٥) سقط من : الأصل، س ٣.

(٦) سورة التوبة ٣٧.

الثانى ، أنْ يطأَهَا الزَّوْجُ فى الفَرْجِ ، وأَدْنَاه تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ مع الانْتِشَارِ ؛ لِما روَت عائشةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عنها ، أنَّ رِفَاعَةَ القُرَظِيَّ طَلَّقَ امْرَأَتَه فبَتَّ طَلاقَها ، فتَزَوَّجَتْ بعدَه عبدَ الرَّحْمَنِ بنَ الزَّبِيرِ ، فجاءَتْ رسولَ اللَّهِ ﷺ ، فقالت : إنَّها كانت عندَ رِفَاعَةَ ، فطَلَّقَها آخِرَ ثَلاثِ تَطْلِيقاتٍ ، فتَزَوَّجَتْ بعدَه عبدَ الرَّحْمَنِ بنَ الزَّبِيرِ ، فقالت : واللَّهِ ما معه إلَّا مِثْلُ هذه الهُدْبَةِ[1] . فتَبَسَّمَ رسولُ اللَّهِ ﷺ [٣٢٤ظ] وقال : « لَعَلَّكِ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إلَى رِفَاعَةَ ، لَا ، حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ ، وتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] .

فإن وطِئَها فى الدُّبُرِ ، أو دونَ الفَرْجِ ، أو غَيَّبَ الحَشَفَةَ مِن غيرِ انْتِشَارٍ ، لم تَحِلَّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ علَّقَ الحُكْمَ بذَواقِ العُسَيْلَةِ ، ولا يحْصُلُ بذلك . فإن كان الذَّكَرُ مَقْطُوعًا ، فبَقِيَ منه قَدْرُ الحَشَفَةِ ، فأَوْلَجَه[3] ، أحَلَّها ، وإلَّا

---

(١) هدبة الثوب : طرف الثوب الذى لم ينسج ، والمعنى : أرادت متاعه وأنه رخو مثل طرف الثوب لا يغنى عنها شيئا .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجاز طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الإزار المهدب ، من كتاب اللباس ، وفى : باب التبسم والضحك ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٧/ ٥٥، ١٨٤، ٨/ ٢٧. ومسلم ، فى : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٥٥، ١٠٥٦.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يطلق امرأته ...، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٤٢. وابن ماجه ، فى : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ...، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢١، ٦٢٢. والدارمى ، فى : باب ما يحل المرأة لزوجها ...، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦١، ١٦٢. والإمام مالك ، فى : باب نكاح المحلل وما أشبهه ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/ ٥٣١. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٤، ٣٧، ٣٨، ٢٢٦، ٢٢٧.

(٣) فى ف ، م : « فأولجها » .

فلا . وإن كان خَصِيًّا ، أو مَسْلُولًا ، أو مَوْجُوءًا ، حَلَّتْ بوَطْئِه ؛ لدُخُولِه فى عُمومِ الآيَةِ . وعنه ، لا يُحِلُّها ؛ لأنَّه لا تُذاقُ عُسَيْلَتُه . قال أبو بَكْرٍ : العَمَلُ على أنَّه يُحِلُّها ؛ لأنَّه لم يَفْقِدْ إلَّا الإنْزالَ ، وهو غيرُ مُعْتَبَرٍ فى الإحْلالِ .

ولو كانت ذِمِّيَّةً فوَطِئَها زوجٌ ذِمِّيٌّ ، أحَلَّها للمُسْلِمِ ؛ لدُخُولِه فى الآيَةِ والخَبَرِ . وكذلكَ المَمْلُوكُ والصَّبِيُّ والمَجْنُونُ . وقال ابنُ حامِدٍ : لا يُحِلُّها المَجْنُونُ ؛ لأنَّه لا يَذُوقُ العُسَيْلَةَ . والأَوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لدُخُولِه فى عُمُومِ الآيَةِ والخَبَرِ ، ولا يَصِحُّ دَعْوَى أنَّه لا يَذُوقُ العُسَيْلَةَ ، فإنَّ المَجْنُونَ كالصَّحيحِ فى الشَّهْوَةِ واللَّذَّةِ ، وافْتِراقُهما فى العَقْلِ لا يُوجِبُ افْتِراقَهما فى ذلك ، فإنَّه يُوجَدُ فى البَهائمِ مع عدَمِ العَقْلِ .

وإن وَطِئَها نائمةً ، أو مُغْمًى عليها ، أو وَطِئَها يَعْتَقِدُها أجْنَبِيَّةً ، أو اسْتَدْخَلَتْ ذكَرَه وهو نائمٌ ، حَلَّتْ ؛ لأنَّ الوَطْءَ وُجِدَ فى نِكاحٍ صحيحٍ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَحِلَّ بالوَطْءِ فى الإغْمَاءِ ؛ لأنَّها لا[1] تَذُوقُ عُسَيْلَتَه .

فصل : واشْتَرطَ أصْحابُنا أن يكونَ الوَطْءُ حلالًا ، فلو وَطِئَها زَوْجُها فى حَيْضٍ ، أو نِفَاسٍ ، أو صَوْمٍ مَفْرُوضٍ ، أو إحْرامٍ ، لم تَحِلَّ ؛ لأنَّه وطْءٌ حَرُمَ لحقِّ اللَّهِ تعالى ، فلم يُحِلَّها ، كوَطْءِ المُرْتَدَّةِ . وظاهِرُ النَّصِّ أنَّه يُحِلُّها ؛ لدُخُولِه فى العُمُومِ ، ولأنَّه وَطْءٌ تامٌّ فى نِكاحٍ صحيحٍ تامٍّ ، فأحَلَّها ، كما لو كان التَّحْرِيمُ لحقِّ آدَمِيٍّ ، مثلَ أن يَطَأَ مَرِيضَةً تَتَضَرَّرُ بوَطْئِه ، فإنَّه لا خِلافَ فى حِلِّها به . فأمَّا الوَطْءُ فى رِدَّتِهما ، أو رِدَّةِ أحَدِهما ، فلا يُحِلُّها ؛ لأنَّه إن

---

(١) سقط من : الأصل .

عاد إلى الإسْلامِ، فقد وَقَع الوَطْءُ فى نِكاحٍ غيرِ تامٍّ؛ لانْعِقادِ سبَبِ البَيْنُونَةِ، وإن لم تُسْلِمْ فى العِدَّةِ، فلم يُصادِفِ الوَطْءُ نِكاحًا.

فصل: وإذا غابَتِ المُطَلَّقَةُ ثلاثًا، ثم أتَتْ زَوْجَها، فذَكَرَتْ أنَّها نَكَحَتْ مَن أَصابَها، وكان ذلك مُمْكِنًا، وكان يَعْرِفُ منها الصِّدْقَ والصَّلاحَ، حَلَّتْ له؛ لأنَّها مُؤْتَمَنَةٌ على ما تَدَّعِيه، وقد وُجِد ما يغلبُ على ظَنِّه صِدْقها. وإن لم يُوجَدْ ما يغلبُ على ظَنِّه صِدْقها، لم تَحِلَّ له؛ لأنَّ الأصْلَ التَّحْرِيمُ، ولم يُوجَدْ غَلَبَةُ ظَنٍّ تَنْقُلُ عنه، فلم تَحِلَّ[1]، كما لو أخْبَرَه فاسِقٌ غيرُها. فإن كذَّبَها، ثم غَلَب على ظَنِّه صِدْقُها، فصَدَّقَها، حَلَّتْ له[2]؛ لأنَّه قد لا يَعْلَمُ، ثم يتَجَدَّدُ عِلْمُه بذلك.

وإن تزَوَّجَتْ زَوْجًا ثم طَلَّقَها، فادَّعَتْ أنَّه أصابَها، فأحَلَّها، واسْتَقَرَّ عليه مَهْرُها، فأنْكَرَ، فالقولُ قولُها فى حِلِّها؛ لأنَّها لا تَدَّعِى عليه حَقًّا، والقولُ قولُه فى اسْتِقْرارِ مَهْرِها؛ لأنَّه حَقٌّ عليه، والأصْلُ عدَمُه. وإنِ ادَّعَتْ عليه طَلاقَها، فأنْكَرَها، لم تَحِلَّ للأوَّلِ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ طَلاقُها، فتَبْقَى على نِكاحِ الثانِى.

فصل: وإذا عادَتِ المُطَلَّقَةُ ثلاثًا إلى زَوْجِها بعدَ زَوْجٍ[3] وإصابَةٍ، مَلَكَ عليها [٣٢٥و] ثَلاثَ تَطْلِيقاتٍ؛ لأنَّه قد اسْتَوْفَى ما كان يَمْلِكُ مِن الطَّلاقِ

---

(١) فى م: «يحل».

(٢) زيادة من: س ٣.

(٣) فى م: «زواج».

الثلاثِ، فوَجَبَ أن يَسْتَأْنِفَها. وإن كان طلاقُها أقَلَّ مِن ثلاثٍ، رَجَعَت إليه على ما بَقِيَ مِن طَلاقِها؛ لأنَّها عادَت قبلَ اسْتِيفاءِ العَدَدِ، فرَجَعَتْ[1] بما بَقِيَ (٢مِن العِدَدِ٢)، كما لو رجَعَت قبلَ نِكاحِ آخَرَ. وعنه، أنَّها إن رَجَعت بعدَ نِكاحِ زَوْجٍ آخَرَ، رَجَعَت على طَلاق ثلاثٍ؛ لأنَّها رجَعَتْ بعدَ زَوْجٍ وإصابَةٍ، فأَشْبَهَتِ المُطَلَّقَةَ ثلاثًا.

---

(١) فى الأصل: «فوجب».

(٢ - ٢) زيادة من: م.



كِتابُ الإيلاءِ

وهو الحَلِفُ على تَرْكِ وَطْءِ الزَّوْجَةِ أكْثَرَ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[1].

ويَصِحُّ مِن كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ قادِرٍ على الوَطْءِ، ولا يَصِحُّ مِن غيرِ زَوْجٍ[2]، كالسَّيِّدِ يُولِى مِن أمَتِه، أو مِن أجْنَبِيَّةٍ، ثم يتَزَوَّجُها؛ لقولِه تعالَى: ﴿ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾. ولا يَصِحُّ مِن صَبِىٍّ ولا مَجْنُونٍ؛ لأنَّه لا حُكْمَ ليَمِينِهما.

فأمَّا العاجِزُ عن الوَطْءِ، فإن كان لسَبَبٍ يُرْجَى زَوالُه، كالمَرَضِ والحَبْسِ، صحَّ إيلاؤُه؛ لأنَّه يَمْنَعُ نفسَه[3] الوَطْءَ بيَمِينِه، فأشْبَهَ القادِرَ، وإن كان لسَبَبٍ غيرِ مَرْجُوِّ الزَّوالِ، كالجَبِّ، والشَّلَلِ، لم يَصِحَّ إيلاؤُه؛ لأنَّه حَلَف على تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ، فلم يَصِحَّ، كالحَلِفِ على تَرْكِ الطَّيَرانِ، ولأنَّ الإيلاءَ اليَمِينُ المانِعَةُ مِن الجِماعِ، وهذا لا تَمْنَعُه منه يَمِينُه. ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إيلاؤُه، كالعاجِزِ بالمرَضِ.

ويَصِحُّ إيلاءُ الذِّمِّىِّ؛ لعُمُومِ الآيَةِ، ولأنَّ مَن صَحَّ طلاقُه ويَمِينُه عندَ

---

(1) سورة البقرة ٢٢٦.

(2) فى ف: «مكلف».

(3) بعده فى الأصل: «من».

الحاكمِ ، صَحَّ إيلاؤُه ، كالمسلمِ .

فصل : ويُشْتَرطُ لصِحَّتِه أرْبَعَةُ شُروطٍ ؛ أحدُها ، الحَلِفُ ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالَى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ ﴾[1] . والإيلاءُ الحَلِفُ . فإن حَلَف باللَّهِ تعالى ، أو بصِفَةٍ مِن صِفاتِه ، كان مُولِيًا ، بغيرِ خِلافٍ . وإن حَلَف بالطَّلاقِ ، أو العَتَاقِ ، أو الظِّهارِ ، أو صَدَقَةِ المالِ ونحْوِه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يكونُ مُولِيًا ؛ لأنَّ ابنَ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عنهما ، قالَ فى تَفْسِيرِ الآيَةِ : يَحْلِفُونَ باللَّهِ[2] . هكذا ذكَرَه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللَّهُ . ولأنَّه لم يَحْلِفْ باللَّهِ تعالى ، فلم يكنْ مُولِيًا ، كالحالِفِ[3] بالكَعْبَةِ . والثانيةُ ، يكونُ مُولِيًا ؛ لأنَّها يمِينٌ يَلْزَمُ بالحِنْثِ فيها حَقٌّ ، فصَحَّ الإيلاءُ بها ، كاليَمِينِ باللَّهِ سبحانه وتعالى . وقال أبو بكرٍ : ما أوْجَب الكَفَّارَةَ ، كالحَرَامِ[4] ، كان به مُولِيًا ، وما لَا كَفَّارَةَ فيه ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ ، [5]لا يكونُ[5] به مُولِيًا .

ولا يَخْتَلِفُ المَذْهَبُ أنَّه لا يكونُ مُولِيًا بما لا[6] يلْزَمُه به حَقٌّ ، كقَوْلِه : إن وَطِئْتُكِ فأنتِ زانِيَةٌ . لأنَّه لا يَصِحُّ تَعْليقُ القَذْفِ بشَرْطٍ ، فلا يَلْزَمُ[7]

---

(١) سورة البقرة ٢٢٦.

(٢) انظر ما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٨٠.

(٣) فى الأصل ، م : « كالحلف » .

(٤) بعده فى الأصل : « به » .

(٥ - ٥) فى م : « لم يكن » .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى م : « يلزمها » .

بالوَطْءِ حَقٌّ ، فلا يكونُ مُولِيًا . ولو قال : إن وَطِئْتُكِ فعَلَيَّ صَوْمُ أمْسِ . أو : صَوْمُ هذا الشهرِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يصِيرُ عندَ وُجوبِ الفَيْئَةِ ماضِيًا ، ولا يَصِحُّ نَذْرُ الماضِى .

وإن قال : إن وَطِئْتُكِ فسالِمٌ حُرٌّ عن ظِهَارِى . صار مُولِيًا ؛ لأنَّه[1] يَلْزَمُه بالوَطْءِ[2] حَقٌّ ؛ وهو تَعَيُّنُ[3] عِتْقِ سالِمٍ . وإن قال : إن وَطِئْتُكِ فسالِمٌ حُرٌّ عن ظِهَارِى ، إن تَظاهَرْتُ . لم يكنْ مُولِيًا فى الحالِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه الوَطْءُ بغيرِ[4] حقٍّ يلْزَمُه . وإن تَظاهَر ، صارَ مُولِيًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ إلَّا بحَقٍّ يلْزَمُه .

فصل : الشَّرْطُ الثانى ، أن يَحْلِفَ على تَرْكِ الوَطْءِ فى الفَرْجِ ؛ لأنَّه الذى يَحْصُلُ الضَّرَرُ به . وإن حَلَف على تَرْكِ الوَطْءِ فى الدُّبُرِ ، أو دونَ الفَرْجِ ، فليس بمُولٍ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه .

وألْفاظُ الإيلاءِ تَنْقَسِمُ ثلاثَةَ أقْسامٍ : أحدُها : صَرِيحٌ فى الظاهِرِ والباطِنِ ، وهى قَوْلُه : واللَّهِ لا أنِيكُكِ[5] . أو : لا أُدْخِلُ ، [٣٢٥ظ] أو : لا أُغَيِّبُ ، أو : لا[6] أُولِجُ ذكَرِى ، أو حشَفَتِى ، فى فَرْجِكِ . أو : لا

---

(١) بعده فى ف : « لم » .
(٢) فى ف : « فى الوطء » .
(٣) فى ف : « معين » ، وفى م : « تعيين » .
(٤) فى الأصل : « من غير » .
(٥) فى الأصل : « أنيلك » ، وفى م : « آتيك » .
(٦) سقط من : الأصل ، س ٣.

أفْتَضُّكِ . للبِكْرِ خاصَّةً . فهذه[1] لا يُدَيَّنُ فيها ، لأَنَّها لا تَحْتَمِلُ غيرَ الإيلاءِ .

والقِسْمُ الثانى : صَرِيحَةٌ فى الحُكْمِ ، و[2] يُدَيَّنُ فيها ، وهى عشَرَةُ ألْفاظٍ : لا وَطِئْتُكِ ، لا جامَعْتُكِ ، لا أَصَبْتُكِ ، لا باشَرْتُكِ ، لا مَسَسْتُكِ ، لا قَرِبْتُكِ ، [3]لا أَتَيْتُكِ[3] ، لا باضَعْتُكِ ، لا باعَلْتُكِ ، لا اغْتَسَلْتُ منكِ . فهذه صَرِيحَةٌ فى الحُكْمِ ؛ لأَنَّها تُسْتَعْمَلُ فى الوَطْءِ عُرْفًا ، وقد ورَدَ الكتابُ والسُّنَّةُ ببعضِها ، فلا يُقْبَلُ تفْسِيرُها[4] بما يُحِيلُه ، كوَطْءِ القَدَمِ ، والإصابَةِ باليَدِ ، ويُدَيَّنُ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما قالَه .

القِسْمُ الثالثُ : كِنايةٌ ، وهو ما عدَا هذه الألْفاظَ ، ممَّا يَحْتَمِلُ الجِماعَ وغيرَه . كقولِه[5] : لأَسُوأَنَّكِ[6] ، لا دَخَلْتُ عليكِ[6] ، لا جَمَعَ رأْسِى وَرأْسَكِ شىءٌ . فهذا لا يكونُ مُولِيًا بها إلَّا بالنِّيَّةِ ؛ لأنَّها ليست ظاهِرَةً فى الجِمَاعِ ، فلم تُحْمَلْ عليه إلَّا بالنِّيَّةِ ، ككِنَاياتِ الطلاقِ فيه . فإن قال : واللَّهِ لا جَامَعْتُكِ إلَّا جِماعَ سُوءٍ . ونَوَى به الجِماعَ فى الدُّبُرِ ، أو دُونَ الفَرْجِ ، فهو مُولٍ ، وإن نَوَى جِماعًا ضَعِيفًا لا يَزِيدُ على تَغْيِيبِ الحشَفَةِ ، فليس بمُولٍ ؛ لأنَّ الضَّعِيفَ كالقَوِىِّ فى الحُكْمِ .

---

(١) بعده فى م : « صريحة و » .

(٢) فى الأصل : « أو » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى ف : « تفسيره » .

(٥) بعده فى ف : « واللَّه » .

(٦) بعده فى ف ، م : « و » .

فصل : الشَّرْطُ الثالثُ : أن يكونَ الحالِفُ زَوْجًا مُكَلَّفًا ، قادِرًا على الوَطْءِ فى الجملةِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك .

الشَّرْطُ الرابعُ : أن يَحْلِفَ على مُدَّةٍ تَزِيدُ على أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، فإن حَلَف على أرْبَعَةٍ فما دُونَها ، لم يكنْ مُولِيًا ، حُرًّا كان أو عَبْدًا ، مِن حُرَّةٍ أو أمَةٍ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[1] . فدَلَّ على أنَّه لا يكونُ مُولِيًا بما[2] دُونَها ، ولأنَّ المُطالَبَةَ بالطَّلاقِ والفَيْئةِ إنَّما تكونُ بعدَها ، فلا تَصِحُّ المُطالَبَةُ مِن غيرِ إيلاءٍ ، فإذا قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ . كان مُولِيًا ؛ لأنَّه يقْتَضِى التَّأْبِيدَ . وكذلك إن قال : حتى تَمُوتى أو أَمُوتَ . لأنَّه للتأْبِيدِ . وكذلك إن علَّقه على مُسْتَحِيلٍ ، فقالَ : حتى تَطِيرِى ، و[3] يَشِيبَ الغُرابُ ، ويَبْيَضَّ القارُ . لأنَّ مَعْناه التأْبِيدُ ، قالَ اللَّهُ سبحانه وتعالَى : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ﴾[4] . أىْ لا يَدْخُلونَها أبدًا .

وإن علَّقه على فِعْلٍ يُتَيَقَّنُ ، أو يَغْلِبُ على ظَنِّه أنَّه لا يُوجَدُ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، كقِيَامِ الساعَةِ ، و[3] خُروجِ الدَّجَّالِ ، و[3] نُزولِ عِيسَى [5]بنِ مَرْيَمَ ، عليه الصلاةُ والسلامُ[5] ، مِن السَّماءِ ، أو مَوْتِ زَيْدٍ ، فهو مُولٍ ؛ لأنَّه لا

---

(١) سورة البقرة ٢٢٦.
(٢) سقط من : الأصل ، م .
(٣) فى ف : «أو» .
(٤) الأعراف ٤٠ .
وبعده فى م : «أى لا يلج الجمل فى سم الخياط» .
(٥ - ٥) زيادة من : الأصل .

يُوجَدُ فى أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ظاهِرًا ، فأَشْبَهَ ما لو صَرَّح به .

وإن قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ حتى تَحْبَلِى . فهو مُولٍ ؛ لأنَّها لا تَحْبَلُ مِن غيرِ وَطْئِه ، فهو كالحَلِفِ[1] على تَرْكِ الوَطْءِ دائمًا[2] . وقال القاضِى : إن كانت ممَّن يحْبَلُ مِثْلُها ، لم يكنْ مُولِيًا . ولا أعْلَمُ [3]لقولِ القاضى[3] وَجْهًا ؛ لأنَّه لا [4]يُمْكِنُ حَمْلُها[4] مِن غيرِ وَطْءٍ . وإن قالَ : أرَدْتُ بـ « حتَّى » السَّبَبِيَّةَ ، أى : لا أطَؤُكِ لتحْبَلِى . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ما قاله ، ولا يكونُ مُولِيًا ؛ لأنَّه[5] يُمْكِنُ وَطْؤُها لغيرِ ذلك .

وإن علَّقه على ما يُعْلَمُ وُجودُه قبلَ أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، كجَفافِ بَقْلٍ ، أو[6] ما يَغْلِبُ على الظَّنِّ وُجودُه قبلَها ، كنُزولِ الغَيْثِ فى أوَانِه ، و[7] قُدُومِ الحاجِّ فى زَمانِه ، أو ما يَحْتَمِلُ الأمْرَيْن على السَّواءِ ، كقُدومِ زيدٍ مِن سفرٍ قريبٍ ، لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّه لم يَغْلِبْ على الظَّنِّ وُجودُ الشَّرْطِ ، فلا يَثْبُتُ حُكْمُه .

وإن قال : واللَّهِ لَيَطُولَنَّ تَرْكِى لجِمَاعِكِ . ونَوَى مُدَّةَ الإيلاءِ ، فهو مُولٍ ، وإلَّا فلا . وإن قال : واللَّهِ لأَسُوأنَّكِ ، ولَتَطُولَنَّ غَيْبَتِى عنكِ . ونَوَى

---

(١) فى ف : « كالحالف » .

(٢) فى م : « أبدا » .

(٣ - ٣) فى ف : « لها » ، وفى س ٣، م : « لهذا » .

(٤ - ٤) فى ف : « يمكن حبلها » ، وفى م : « تحمل حينها » .

(٥) بعده فى ف : « لا » .

(٦) فى الأصل : « و » .

(٧) فى ف : « أو » .

تَرْكَ الجِماعِ فى مُدَّةِ الإيلاءِ، فهو مُولٍ؛ لأنَّه عَنَى بلَفْظِه [٣٢٦و] ما يَحْتَمِلُه، وإلَّا فلَا. وإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ (١طاهِرًا، أو وَطْئًا١) مُباحًا. فهو مُولٍ؛ لأنَّه حَلَف على تَرْكِ الوَطْءِ الذى يُطالَبُ(٢) به فى الفَيْئَةِ، فكان مُولِيًا، كما لو قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ إلَّا فى الدُّبُرِ.

فصل: وإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ فى هذا البيتِ، أو البَلَدِ. لم يكنْ مُولِيًا؛ لأنَّه يُمْكِنُه الوَطْءُ بغيرِ حِنْثٍ. وإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ إلَّا برِضَاكِ، أو: إلَّا أن تَشائِى. فليس بمُولٍ؛ لذلك(٣). وكذلك: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ مَرِيضَةً، أو: مَحْزُونَةً، أو: مُكْرَهَةً، أو: ليلًا، أو: نهارًا. لم يكنْ مُولِيًا؛ لذلك(٣). وإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ إن شِئْتِ. فشاءَتْ، صارَ مُولِيًا، وإلَّا فلَا.

فصل: ويَصِحُّ تعْلِيقُ الإيلاءِ على شَرْطٍ؛ لأنَّه يَمِينٌ، فإذا قال: إن وَطِئْتُكِ فوَاللَّهِ لا وَطِئْتُكِ. لم يَصِرْ مُولِيًا فى الحالِ؛ لأنَّه(٤) يُمْكِنُه وَطْؤُها بغيرِ حِنْثٍ. فإذا وَطِئَها، صارَ مُولِيًا؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ إلَّا بحِنْثٍ. وإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ فى هذه السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً. لم يَصِرْ مُولِيًا فى الحالِ؛ لذلك(٣)، فإذا وَطِئَها وقد بَقِىَ مِن السَّنَةِ أكْثَرُ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ، صارَ مُولِيًا؛ لأنَّه صارَ مَمْنُوعًا مِن وَطْئِها بيَمِينِه. وإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ سنَةً إلَّا

(١ - ١) فى ف: «ظاهرا وباطنا».

(٢) فى الأصل: «يطلب».

(٣) فى م: «كذلك».

(٤) بعده فى ف: «لا».

يومًا . فكذلك ؛ لأنَّ اليومَ مُنَكَّرٌ ، فلم يَخْتَصَّ يَوْمًا بعَيْنِه ، فصارَتْ كالتى قبلَها . ويَحْتَمِلُ أنْ يصيرَ مُولِيًا فى الحالِ ؛ لأنَّ اليومَ المُسْتَثْنَى يكونُ مِن آخِرِ السَّنَةِ ، كما فى التَّأْجِيلِ .

فصل : فإن قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا . ثم قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ نِصْفَ عامٍ . (١) دخَلَتِ المُدَّةُ الثانيةُ فى الأُولى ؛ لأنَّها بعضُها ، ولم يُعَقِّبْ إحْداهما بالأُخْرَى ، فتَداخَلَا ، كما لو قالَ : له عَلَىَّ مِائةٌ . ثم قال : له عَلَىَّ خَمْسُونَ . فإن قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ عامًا ، فإذا مَضَى ، فوَاللَّهِ لا وَطِئْتُكِ نِصْفَ عامٍ (١) . فهما إِيلَاءانِ فى زَمانَيْن ، لا يدْخُلُ حُكْمُ أحَدِهما فى الآخَرِ ، فإذا انْقَضَى حُكْمُ الأوَّلِ ، ثَبَت حُكْمُ الآخَرِ . وإن قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ أرْبَعَةَ أشْهُرٍ ، فإذا مَضَتْ ، فوَاللَّهِ لا وَطِئْتُكِ أرْبعَةَ أشْهُرٍ . لم يكنْ مُولِيًا ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ مِن الزَّمانَيْن لا تَزِيدُ مُدَّتُه على أرْبَعَةِ أشْهُرٍ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مُولِيًا ؛ لأنَّه مُمْتَنِعٌ بيَمِينه مِن وَطْئِها مدةً مُتَوالِيَةً أكْثَرَ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ .

فصل : وإن قال لأَرْبَعِ نِسْوَةٍ : واللَّهِ لا أطَؤُكُنَّ . انْبَنَى على أصْلٍ ، وهو هل يَحْنَثُ بفِعْلِ بعضِ المَحْلُوفِ عليه أم لا ؟ و(٢) فيه رِوايَتان ؛ إحْداهُما ، يَحْنَثُ ، فيكونُ مُولِيًا فى الحالِ مِنْهُنَّ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه وَطْءُ واحدةٍ مِنْهُنَّ إلَّا بحِنْثٍ ، فإذا وَطِئَ واحدةً ، انْحَلَّتْ يَمِينُه ؛ لأنَّها يمينٌ واحدةٌ ، فتَنْحَلُّ بالحِنْثِ فيها ، كما لو حَلَف على واحدةٍ . وعلى الأُخْرَى ، لا يَحْنَثُ بفِعْلِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ف ، م .

البعضِ ، فلا يكونُ مُولِيًا فى الحالِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ وَطْءُ كُلٍّ واحدةٍ بغيرِ حِنْثٍ ، فإذا وَطِئَ ثلاثًا ، صارَ مُولِيًا مِن الرابِعَةِ ، وابْتِداءُ المُدَّةِ حِينَئِذٍ . فإن ماتَ بعْضُهُنَّ ، أو طَلَّقها ، انْحَلَّ الإيلاءُ ؛ لأنَّه أمْكنَه وَطْءُ الباقِيَاتِ بغيرِ حِنْثٍ .

وإن قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُ واحدةً مِنْكُنَّ . صار مُولِيًا فى الحالِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ إلَّا بحِنْثٍ . فإن طَلَّق (١واحدةً مِنْهُنَّ ، أو ماتَتْ ، كان مُولِيًا مِن البَاقِياتِ ؛ لأنَّه تَعَلَّق بكُلِّ واحدةٍ مِنْهُنَّ مُنْفَرِدَةً . وإن وَطِئَ واحدةً ، سَقَط الإيلاءُ مِن البَاقِياتِ ؛ لأنَّها يمِينٌ واحدةٌ ، فإذا حَنِثَ مَرَّةً ، لم يَعُدِ الحِنْثُ مَرَّةً ثانيةً . وإن نَوَى١) واحدةً بعَيْنِها ، كانَ مُولِيًا منها[٢] وحدَها ، ويُقْبَلُ قولُه فى ذلك ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُه ، وهو أعْلَمُ بنِيَّتِه . وإن قال: نَوَيْتُ واحدةً غيرَ مُعَيَّنَةٍ . قُبِل ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ ذلك . وقياسُ المَذْهَبِ أن تُخْرَجَ المُولَى منها بالقُرْعَةِ ، كالطَّلاقِ . وذكَر القاضِى أنَّ الحُكْمَ فى مَن أطْلَقَ يمِينَه ولم يَنْوِ شيئًا كذلك . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه نَكِرَةٌ فى سِياقِ النَّفْيِ فيكُونُ عامًّا .

ولو قال : واللَّهِ لا وَطِئْتُ كُلَّ واحدةٍ مِنْكُنَّ . كان[٣] مُولِيًا مِن جَمِيعِهِنَّ ، ولم يُقْبَلْ قولُه : نَوَيْتُ واحدةً . لأنَّ لَفْظَه لا يَحْتَمِلُ ذلك . وتَنْحَلُّ اليَمِينُ بوَطْءِ واحدَةٍ ؛ [٣٢٦ظ] لِما ذكَرْنا . فإن طالَبْنَ بالفَيْئَةِ ، وُقِف

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ف : « فيها » .

(٣) فى ف : « صار » .

لَهُنَّ كُلِّهِنَّ. وإنِ اخْتَلَفَتْ مُطالَبَتُهُنَّ، وُقِف لكُلِّ واحدةٍ عندَ طلَبِها[1]؛ لأنَّه لا يُؤْخَذُ بحَقِّها قبلَ طَلَبِها. وعنه، يُوقَفُ لهُنَّ جميعًا عندَ طَلَبِ أُولَاهُنَّ؛ لأنَّها يمينٌ واحدةٌ، فكان الوَقْفُ لها واحِدًا.

وإن قال لزَوْجَتَيْه: كُلَّما وَطِئْتُ إحْداكما[2] فالأُخْرَى طالقٌ. وقُلْنا بكَوْنِه إيلاءً، فهو مُولٍ منهما.

فصل: فإن قال: واللَّهِ لا وَطِئْتُكِ. ثم قال للأُخْرَى: شَرَكْتُكِ معها. [3]لم يَصِرْ[3] مُولِيًا مِن الثانيةِ؛ لأنَّ اليَمِينَ باللَّهِ لا يصِحُّ إلَّا بلَفْظٍ صريحٍ مِن اسْمٍ[4] أو صِفَةٍ، وهذا[5] كِنايَةٌ. وقال القاضِى: يكونُ مُولِيًا منهما. وإن قال: إن أصَبْتُكِ فأنتِ طالقٌ. وقال للأُخْرَى: شَرَكْتُكِ[6] معها. ونَوَى، وقُلْنا بكَوْنِه[7] إيلاءً مِن الأُولَى، صار مُولِيًا مِن الثانيةِ؛ لأنَّ الطلاقَ يَصِحُّ بالكِنايَةِ. ولو قال: أنتِ عَلَيَّ كظَهْرِ أُمِّى. ثم قال للأُخْرَى: شَرَكْتُكِ[8] معها. كان مُظاهِرًا منهما؛ لأنَّ الظِّهارَ تَحْرِيمٌ، فصَحَّ بالكِنايَةِ، كالطلاقِ. وهل يَفْتَقِرُ إلى نِيَّةٍ؟ فيه وَجْهانِ؛ أحدُهما، لا يَفْتَقِرُ إليها[9]؛

---

(1) فى ف: «طلبتها».

(2) فى م: «إحداكن».

(3 - 3) فى م: «لا يصير».

(4) بعده فى ف: «الله».

(5) فى ف: «هذه»، وفى م: «هكذا».

(6) فى ف: «شركت»، وفى س ٣: «أشركتك».

(7) فى ف: «يكون».

(8) فى ف: «أشركتك».

(9) فى الأصل: «إليهما».

[1]لأنَّ التَّشْريكَ لابُدَّ أن يَقَعَ فى شىءٍ ، فوَجَب صَرْفُه إلى المذكورِ ، كجوابِ السُّؤَالِ . والثانى ، يَفْتَقِرُ إليها[1] . ذكَره أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى الظِّهارِ ، فافتقَر إلى النِّيَّةِ ، كسائرِ كِناياتِه .

فصل : ولا يُطالَبُ المُولِى بشىءٍ قبلَ أرْبَعةِ أشْهُرٍ ؛ للآيَةِ . وابْتِداءُ المُدَّةِ مِن حينِ اليَمِينِ ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ بالنَّصِّ والإجماعِ ، فلم تَفْتَقِرْ إلى حاكمٍ[2] ، كمُدَّةِ العِدَّةِ . فإن كان بالمرأةِ عُذْرٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ ؛ كصِغَرٍ ، أو مرَضٍ ، أو نُشُوزٍ ، أو جُنونٍ ، أو إحْرامٍ ، أو صَوْمِ فَرْضٍ ، أو اعْتِكافِ فَرْضٍ ، لم يُحْتَسَبْ عليه بمُدَّتِه ؛ لأنَّ المَنْعَ منها . وإن طَرَأَ منه شىءٌ ، انْقطَعَتِ المُدَّةُ ؛ لأنَّها إنَّما ضُرِبَتْ لامْتِناعِ الزوجِ مِن[3] الوَطْءِ ، ولا امْتِناعَ منه مع العُذْرِ . وتُسْتَأْنَفُ المُدَّةُ عندَ زَوالِ العُذْرِ ؛ لأنَّ مِن شَأْنِها أن تكونَ مُتوالِيَةً . ويُحْتَسَبُ بمُدَّةِ الحَيْضِ ؛ لأنَّه عُذْرٌ مُعْتَادٌ لا يُنْفَكُّ منه ، فلو قَطَع المُدَّةَ ، سقَطَ حُكْمُ الإيلاءِ ، ولذلك[4] لا يقْطَعُ[5] التَّتابُعَ فى الصِّيامِ . وفى النِّفَاسِ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، هو كالحَيْضِ ؛ لأنَّه مثلُه فى أحْكامِه . والثانى ، هو كالمَرَضِ ؛ لأنَّه عُذْرٌ نادِرٌ ، أشْبَهَ المرَضَ .

وإن كان بالزَّوْجِ عُذْرٌ ، حُسِبَتْ عليه مُدَّتُه ، ولم يَقْطَعِ المُدَّةَ طَرَيانُه ؛

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) فى ف : « حكم » .
(٣) فى ف : « عن » .
(٤) فى م : « كذلك » .
(٥) فى ف : « ينقطع » .

لأنَّ الامْتِناعَ مِن جِهَتِه ، والزَّوْجِيَّةُ باقِيَةٌ ، فحُسِبَتْ عليه المُدَّةُ .

وإن آلَى مِن الرَّجْعِيَّةِ ، احْتُسِبَ عليه بالمُدَّةِ . ذكَرَه ابنُ حامِدٍ . وإن طَرَأ الطلاقُ الرَّجْعِيُّ ، لم يَقْطَعِ المُدَّةَ ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُباحَةٌ . ويَحْتَمِلُ أن تَنْقَطِعَ إذا قُلْنا بتَحْرِيمِها .

وإن طَلَّقها طلاقًا بائنًا ، انْقَطَعَتِ المُدَّةُ ؛ لأنَّها حَرُمَتْ عليه ، فإذا تزَوَّجها وقد بَقِىَ مِن مُدَّةِ الإيلاءِ أكْثَرُ مِن أرْبَعَةِ أشْهُرٍ ، اسْتُؤْنِفَتِ المُدَّةُ ، سواءٌ كان الطلاقُ فى المُدَّةِ أو بعدَها .

فصل : وإن وَطِئها ، حَنِث ، وسَقَط الإيلاءُ ؛ لزَوالِ اليَمِينِ والضَّرَرِ عنها ، سَواءٌ وَطِئَها يَقْظانَةَ أو نائمةً ، أو عاقلَةً أو مَجْنُونَةً . وهكذا إن وَطِئَها فى حَيْضٍ ، أو نِفَاسٍ ، أو إحْرامٍ ، أو صِيامٍ ، أو ظِهَارٍ ؛ لِمَا ذكَرْنا . وقالَ أبو بَكْرٍ : قياسُ المَذْهَبِ أن لا يخْرُجَ مِن حُكْمِ الإيلاءِ بالوَطْءِ الحرامِ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَرُ به فى الفَيْئَةِ ، فهو كالوَطْءِ فى الدُّبُرِ . والأوَّلُ [٣٢٧و] أوْلَى ؛ لأنَّ اليَمِينَ تَنْحَلُّ به ، فيَزُولُ الإيلاءُ لزَوالِها[(١)] .

وإن وَطِئَها وهو مَجْنُونٌ ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّ القلَمَ عنه مَرْفُوعٌ ، ويسْقُطُ الإيلاءُ ؛ لأنَّه وَفَّاها حقَّها . ويَحْتَمِلُ أن لا يسْقُطَ ؛ لأنَّ حُكْمَ اليَمِينِ باقٍ ، لو أفاقَ لمَنَعَتْه اليَمِينُ الوَطْءَ . وقالَ أبو بَكْرٍ : يَحْنَثُ ويَنْحَلُّ الإيلاءُ ؛ لأنَّه فَعَلَ ما حَلَفَ عليه . وإن وَطِئها ناسِيًا ، فهل يَحْنَثُ ؟ على رِوايَتَيْن ؛

---

(١) فى م : « بزوالها » .

أَصَحُّهما ، لا يَحْنَثُ . فعلى هذا ، هل يسْقُطُ الإيلاءُ ؟ على وَجْهَيْن ، كما ذكَرْنا فى المجْنُونِ . وإنِ اسْتَدْخَلَتْ ذَكَرَه وهو نائمٌ ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنَّه ما وَطِئَ . وهل يسْقُطُ الإيلاءُ ؟ على وَجْهَيْن ؛ لِما ذكَرْنا .

وأدْنَى الوَطْءِ الذى تحْصُلُ به الفَيْئَةُ تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ فى الفَرْجِ ؛ لأنَّ أحْكامَ الوَطْءِ تتعلَّقُ به . وإن وَطِئَها فى الدُّبُرِ ، أو دُونَ الفَرْجِ ، لم يُعْتَدَّ به ؛ لأنَّ الضَّرَرَ واليَمِينَ لا يَزُولانِ به .

فصل : وإذا وَطِئَ ، لَزِمَتْه الكَفَّارَةُ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَن حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، فَلْيَأْتِ الَّذِى هُوَ خَيْرٌ ، وَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وإن كان الإيلاءُ بتَعْلِيقِ عِتْقٍ أو طلاقٍ ، وَقَع ؛ لأنَّه مُعَلَّقٌ على شَرْطٍ قد وُجِد . وإن كان على نَذْرٍ ، خُيِّرَ بينَ الوَفاءِ به والتَّكْفِيرِ ؛ لأنَّه نَذْرُ لَجَاجٍ[2] ، وهذا حُكْمُه .

وإن كان مُعَلَّقًا على [3]طلاقِ ثلاثٍ[3] ، لم يَحِلَّ له الوَطْءُ ؛ لأنَّ آخِرَه

---

(١) أخرجه مسلم ، فى : باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣/ ١٢٧٢، ١٢٧٣.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الكفارة قبل الحنث ، من أبواب النذور والأيمان . عارضة الأحوذى ٧/ ١١. والإمام مالك ، فى : باب ما تجب فيه الكفارة من الأيمان ، من كتاب النذور والأيمان . الموطأ ٢/ ٤٧٨. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٦١. كلهم من حديث أبى هريرة .

والحديث لم يخرجه البخارى ، انظر : تحفة الأشراف ٤/ ٤١٥، ٤١٦، ونصب الراية ٣/ ٢٩٦، ٢٩٧.

(٢) فى ف : « لحاجة » .

(٣ - ٣) فى ف : « ثلاث طلقات » .

يقَعُ فى أجْنَبِيَّةٍ ، ويَقَعُ[1] طَلاقُ البِدْعَةِ مِن[2] وَجْهَيْن ؛ جَمْعِ الثَّلاثِ ، ووُقُوعِهِ بعدَ الإِصَابَةِ . وذَكَر القاضِى أنَّ كلامَ أحمدَ يقْتَضِى رِوايتَيْن . فإن وَطِئَ ، فعليه النَّزْعُ حينَ يُولِجُ ؛ لأنَّ الحِنْثَ حَصَل به ، فصارَتْ أجْنَبِيَّةً ، فإذا فَعَل هذا ، فلا حَدَّ عليه ، ولا مَهْرَ ؛ لأنَّه تارِكٌ للوَطْءِ . وإن لَبِث ، أو[3] أتَمَّ الإيلاجَ ، فلا حَدَّ أيضًا ؛ لتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ منه ، لكونِه[4] وَطْئًا بعضُه فى زَوْجَةٍ . وفى المَهْرِ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يجِبُ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى مَحَلٍّ غيرِ مَمْلُوكٍ ، أَشْبَهَ ما لو وَطِئَ بعدَ النَّزْعِ . والثانى ، لا يجِبُ ؛ لأنَّه إيلاجٌ فى مَحَلٍّ مَمْلُوكٍ ، فكان آخِرُه تابِعًا له فى سُقُوطِ المَهْرِ ، ويَلْحَقُ النَّسَبُ به . وإن نَزَع ، ثم أوْلَج وهما عالِمَانِ بالتَّحْرِيمِ ، فهما زانِيَان زِنًى لا شُبْهَةَ فيه ، فعليهما الحَدُّ ، ولا مَهْرَ لها إذا كانت مُطاوِعَةً . وإن كانت مُكْرَهَةً ، أو جاهلةً بالتَّحْرِيمِ ، فلا حَدَّ عليها ، ولها عليه المَهْرُ . وإن جَهِلا التَّحْرِيمَ معًا ، فلا حَدَّ ، ويجِبُ لها المَهْرُ ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ .

وإن قال : إن وَطِئْتُكِ فأنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . فقالَ أحمدُ : لا يَطَأُ[5] حتى يُكَفِّرَ . يُرِيدُ أنَّه إذا وَطِئها مَرَّةً ، لم يكنْ له أن يَطأَهَا ثانيًا حتى يُكَفِّرَ ؛ لأنَّها تَصِيرُ مُحَرَّمَةً عليه بالظِّهارِ ، فأمَّا قبلَ ذلك ، فلا يَصِحُّ منه التَّكْفِيرُ ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَقْدِيمُ الكَفَّارَةِ على سَبَبِها .

---

(١) فى الأصل ، س٣ ، م : « يوقع » .
(٢) فى الأصل : « فى » .
(٣) فى الأصل : « و » .
(٤) فى الأصل : « لأنه » .
(٥) فى ف : « يطأها » .

فصل : وإنِ انْقَضَتِ المُدَّةُ ولم يَطَأْ[1] ، فلها المُطالَبَةُ بالفَيْئَةِ أو الطلاقِ ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ۝٢٢٦ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[2] . فإن سكَتَتْ عن المُطالَبَةِ ، لم يسْقُطْ حقُّها . وإن عَفَتْ عنها ، سقَطَ حقُّها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، كما لو عَفَتِ امرأةُ العِنِّينِ . والآخر ، لا يسْقُطُ ، ولها الرُّجُوعُ والمُطالَبَةُ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ لدَفْعِ الضَّرَرِ بتَرْكِ الوَطْءِ ، وذلك يتَجَدَّدُ مع الأحْوالِ ، فأَشْبَهَ النَّفَقَةَ والقَسْمَ .

وإن طَلَبَ الإمْهالَ ولا عُذْرَ له ، لم يُمْهَلْ ؛ لأنَّ الحقَّ حالٌّ عليه وهو قادِرٌ عليه[3] . وإن كان ناعِسًا ، [٣٢٧ظ] فقال : أمْهِلُونِى حتى يذْهَبَ النُّعاسُ . أو جائعًا ، فقال : أمْهِلُونِى حتى أتَغَذَّى ، أو : حتى يَنْهَضِمَ الطَّعامُ . أو : حتى أُفْطِرَ مِن صِيامِى . أُمْهِلَ بقَدْرِ ذلك ، ولا يُمْهَلُ أكْثَرَ مِن قَدْرِ الحاجَةِ ، كالدَّيْنِ الحالِّ ، فإن وَطِئَها ، فقد وَفَّاها حقَّها .

وإن أبَى ولا عُذْرَ له ، أُمِرَ بالطَّلاقِ إن طلَبَتْ ذلك ، فإن طَلَّق ، وَقَع طَلاقُه الذى أوْقَعه ، ولا يُطالَبُ بأكْثَرَ مِن طَلْقَةٍ ؛ (4)لأنَّها تُفْضِى(4) إلى البَيْنُونَةِ . فإنِ امْتنَع ، طَلَّق الحاكِمُ عليه ؛ لأنَّه حَقٌّ تعَيَّنَ مُسْتَحِقُّه ، ودَخَلَتْه النِّيابَةُ ، فقام الحاكِمُ مَقامَه عندَ امْتِناعِه منه ، كقَضَاءِ دَيْنِه . وعن أحمدَ ، لا

---

(١) فى ف : « يطأها » .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦، ٢٢٧.

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) فى ف : « لأنه يفضى » .

تُطَلَّقُ عليه ، ولكن يُحْبَسُ ويُضَيَّقُ عليه حتى يُطَلِّقَ ؛ لأنَّ ما خُيِّر فيه بين شَيْئَيْن لم يَقُمِ الحاكِمُ مَقامَه فيه ، كاخْتِيارِ إحْدَى الزَّوْجاتِ إذا أسْلَم على أكْثَرَ مِن أرْبَعٍ .

فإن قُلْنا : إنَّ الحاكِمَ يَمْلِكُ الطلاقَ . فله أن يُطَلِّقَ واحدةً وثلاثًا ؛ لأنَّه قائمٌ[1] مَقامَ الزوجِ ، فمَلَك ما يَمْلِكُه . فإن طَلَّق الزوجُ أو الحاكِمُ ثلاثًا ، حَرُمَتْ عليه ، إلَّا بزَوْجٍ[2] وإصابَةٍ ، فإن طَلَّق أحدُهما أقَلَّ مِن ثلاثٍ ، فله رَجْعَتُها . وعن أحمدَ ، أنَّها تكونُ طَلْقَةً بائنَةً ؛ لأنَّها شُرِعَتْ لدَفْعِ الضَّرَرِ الحاصِلِ منه ، فوَجَب أن لا يَمْلِكَ رَجْعَتَها ، كالمُخْتَلِعَةِ . وعنه ، أنَّ تَفْرِيقَ الحاكم يُحَرِّمُها على التأْبِيدِ ؛ لأنَّه تَفْرِيقُ حاكمٍ ، فأشْبَهَ فُرْقَةَ اللِّعانِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّه لم يَسْتَوْفِ عددَ طَلاقِها ، فلم تَحْرُمْ على التأْبِيدِ ، كما لو طلَّقَ الزَّوْجُ . وإن قال الحاكِمُ : فَرَّقْتُ بَيْنَكما . فهو فَسْخٌ للنِّكاحِ ، لا تَحِلُّ له[3] إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ . نصَّ عليه .

ومتى وَقَع الطلاقُ ، ثم ارْتَجَعها ، أو تَرَكها حتى انْقَضَتْ عِدَّتُها ، ثم تزَوَّجها ، أو طَلَّق ثلاثًا ، فتزَوَّجَتْ غيرَه ، ثم تزوَّجَها وقد بَقِى مِن مُدَّةِ الإيلاءِ أكْثَرُ مِن أرْبَعَةِ أشهرٍ ، وُقِف لها ؛ لأنَّه مُمْتَنِعٌ مِن وَطْئِها بيَمِينٍ فى حالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو راجَعها ، وإن بَقِى أقَلُّ مِن أرْبَعَةِ أشهرٍ ، لم يَثْبُتْ حُكْمُ الإيلاءِ ؛ لقُصورِه عن مُدَّتِه .

---

(١) فى ف : « قام » .

(٢) فى ف : « بعد زوج » .

(٣) سقط من : س٣، ف .

فصل: وإنِ انْقَضَتِ المُدَّةُ وهى حائضٌ أو نُفَساءُ، لم يُطالَبْ[1] بالفَيْئَةِ؛ لأنَّها لا تَسْتَحِقُّ الوَطْءَ فى هذه الحالِ. وإن كان مغْلُوبًا على عَقْلِه، لم يُطالَبْ أيضًا؛ لأنَّه لا يصْلُحُ لخِطَابٍ، ولا يَصِحُّ منه جَوابٌ. وإن كان مَرِيضًا، أو مَحْبُوسًا لا يُمْكِنُه الخُروجُ، طُولِب بفَيْئَةِ المَعْذُورِ، وهو أن يقولَ: متى قَدَرْتُ جامَعْتُها. أو نحوَ ذلك؛ لأنَّ القَصْدَ بالفَيْئَةِ تَرْكُ ما قصَدَه مِن الإضْرارِ بما أَتَى به مِن الاعْتِذارِ، فمتى قَدَر على الوَطْءِ، طُولِب به؛ لأنَّه تَأْخِيرٌ[2] للعُذْرِ، فإذا زالَ العُذْرُ، طُولِب به، كالدَّيْنِ. وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ. وقال أبو بكرٍ: إذا فاءَ[3] فَيْئَةَ المَعْذُورِ، لم يُطالَبْ؛ لأنَّه فاءَ مَرَّةً، فلم يلْزَمْه فَيْئَةٌ أُخْرَى، كالذى فاءَ بالوَطْءِ. و[4] لا يلْزَمُه بالفَيْئَةِ باللِّسانِ كَفَّارَةٌ؛ لأنَّه لم يَحْنَثْ.

وإن كان غائبًا لا يُمْكِنُه القُدومُ، لخَوْفٍ أو نحوِه، فاءَ فَيْئَةَ المَعْذُورِ. وإن أمْكَنه القُدومُ، فلها أن تُوَكِّلَ مَن يُطالِبُه بالمَسِيرِ[5] إليها، أو حَمْلِها إليه، أو الطَّلاقِ.

وإن كان مُحْرِمًا، فاءَ فَيْئَةَ المَعْذُورِ فى قَوْلِ الخِرَقِىِّ؛ لأنَّه عاجِزٌ عن الوَطْءِ، أشْبَهَ المريضَ. ويتَخَرَّجُ فى الاعْتِكافِ المَنْذُورِ مثلُه. وإن كان

---

(١) فى م: «تطالب».

(٢) فى س ٣، م: «تأخر».

(٣) فى ف: «فاءت».

(٤) سقط من: م.

(٥) فى ف: «بالسير».

مُظَاهِرًا ، لم يُؤْمَرْ بالوَطْءِ ؛ لأَنَّه مُحَرَّمٌ ، ولا يَحِلُّ الأمْرُ بمَعْصِيَةِ اللَّهِ تعالى . ويُقالُ له : إمَّا أن تُكَفِّرَ و[1] تَفِيءَ ، وإمَّا أن تُطَلِّقَ . فإن طَلَب الإمْهالَ ليَطْلُبَ رَقَبَةً يُعْتِقُها ، أو طَعامًا يشْتَرِيه ، أُمْهِل ثلاثَةَ أيَّامٍ ؛ لأنَّها قَرِيبَةٌ . وإن عُلِم أنَّه قادِرٌ على التَّكْفِيرِ ، وأنَّ قَصْدَه المُدافَعَةُ ، لم يُمْهَلْ ؛ لأنَّ الحقَّ حالٌّ عليه ، وإنَّما يُمْهَلُ للحاجَةِ ، ولا حاجَةَ . وإن كان فَرْضُه الصِّيامَ ، لم يُمْهَلْ حتى يصومَ ؛ لأنَّه كثيرٌ ، وإن كان قد بَقِى عليه مِن الصِّيامِ مُدَّةٌ يسِيرَةٌ ، أُمْهِل فيها . ويتَخَرَّجُ أن يَفِيءَ المُظَاهِرُ فَيْئَةَ المَعْذُورِ ، ويُمْهَلَ[2] ليَصُومَ ، كالمُحْرِمِ . فإن أراد الوَطْءَ فى حالِ الإحْرامِ أو الظِّهارِ ، فمنَعَتْه ، لم يَسْقُطْ حقُّها ؛ لأنَّها مَنَعَتْه ممَّا يَحْرُمُ ، فأشْبَهَ ما لو منَعَتْه فى الحَيْضِ . وذَكَر القاضى أنَّه يسْقُطُ حقُّها ؛ لأنَّها منَعَتْه مِن إيفائِه .

وإنِ انْقَضَتْ مُدَّةُ العاجِزِ ، لجَبٍّ ، أو شَلَلٍ ، فَفَيْئَتُه : لو قَدَرْتُ لجَامَعْتُكِ . لأنَّه لا قُدْرَةَ له على غيرِ ذلك .

فصل : ومَن طُولِب بالفَيْئَةِ ، فقال : قد وَطِئْتُها[3] . فأنْكَرَتْه ؛ فإن كانت ثَيِّبًا فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاءُ النِّكاحِ ، وعدَمُ ما يُوجِبُ إزالَتَه . وهل يُحَلَّفُ ؟ على رِوايَتَيْن ؛ إحْداهما ، يُحَلَّفُ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّ ما تَدَّعِيه المرأةُ مُحْتَمِلٌ ، فوَجَب نَفْيُه باليَمِينِ . والأُخْرَى ، لا يَمِينَ عليه . اخْتارَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّه لا يُقْضَى فيه بالنُّكولِ . وإن كانت بِكْرًا ،

---

(١) فى ف : « أو » .

(٢) بعده فى ف : « عليه » .

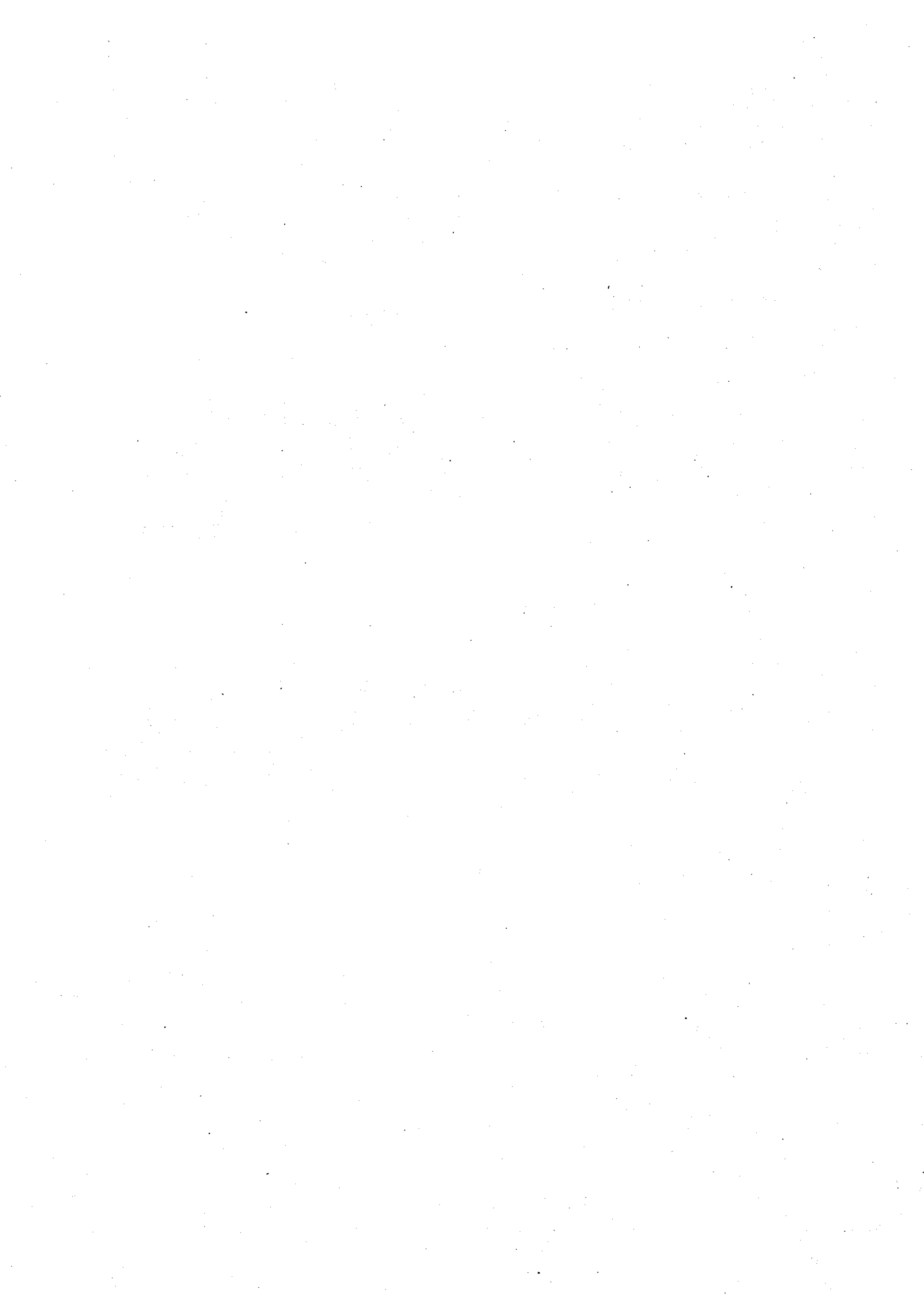
(٣) فى ف : « وطئتك » .

أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقَاتِ ، فإن شَهِدْنَ بِبَكارَتِها ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّه يُعْلَمُ كَذِبُه ، وإلَّا فالقولُ قولُه . وإنِ ادَّعَى عَجْزَه عن الوَطْءِ ، ولم يكنْ عُلِم أنَّه عِنِّينٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يُقْبَلُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ سَلامَتُه ، فيُؤْمَرُ بالطلاقِ . والثانى ، يُقْبَلُ قولُه ؛ لأنَّه لا يُعْرَفُ إلَّا مِن جِهَتِه . وإنِ اختَلفا فى انقِضاءِ المُدَّةِ ، فالقولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّه اخْتِلافٌ فى وَقْتِ حَلِفِه ، فكان القولُ قولَه فيه . وهل يُحَلَّفُ ؟ على رِوايتَيْن .

فصل : وإن تَرَكَ الزَّوْجُ الوَطْءَ بغيرِ يَمِينٍ ، فليس بمُولٍ ؛ لأنَّ الإِيلاءَ مِن شَرْطِه الحَلِفُ ، فلا يَثْبُتُ بدُونِه ، لكنْ إن تَرَكه مُضِرًّا بها لغيرِ عُذْرٍ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يلْزَمُه شىءٌ ؛ لأنَّه ليس بمُولٍ ، فلا يَثْبُتُ له حُكْمٌ ، كما لو تَرَكه لعُذْرٍ ، ولأنَّ تَخْصِيصَ الإِيلاءِ بحُكْمِه يدُلُّ على أنَّه لا يَثْبُتُ بدُونِه . والثانيةُ ، تُضْرَبُ له مُدَّةُ الإِيلاءِ ، ويوقَفُ بعدَها ، كالمُولِى سَواءً[1] ؛ لأنَّه تارِكٌ لوَطْئِها مُضِرًّا بها ، فأَشْبَهَ المُولِىَ ، ولأنَّ ما لا يجِبُ إذا لم يَحْلِفْ لا يجِبُ إذا حَلَف على تَرْكِه ، كالزِّيادَةِ على الواجِبِ ، وثُبُوتُ حُكْمِ الإِيلاءِ له لا يَمْنَعُ مِن قِيَاسِ غيرِه عليه إذا كان فى مَعْناه ، كسائرِ الأَحْكامِ الثابِتَةِ بالقِياسِ . واللَّهُ أعلمُ .

---

(١) بعده فى ف : « و » .



كِتَابُ الظِّهَارِ

وهو قولُ الرَّجُلِ لزَوْجَتِه : أنتِ عَلَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . أو [1] ما أشْبَهَه . وهو مُحَرَّمٌ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ [2] .

ويَصِحُّ مِن كلِّ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلاقُه ؛ لأنَّه قولٌ يخْتَصُّ النِّكاحَ ، أشْبَهَ الطَّلاقَ ، إلَّا الصَّبِىَّ ، فلا يَصِحُّ منه ؛ لأنَّه يَمِينٌ مُوجِبَةٌ للكَفَّارَةِ ، أشْبَهَ اليَمِينَ باللَّهِ تعالَى . وقال القاضِى : ظِهارُه كطَلاقِه . لِما ذكَرْناه أوَّلًا . ويَصِحُّ ظِهَارُ الذِّمِّىِّ ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ يَصِحُّ طَلاقُه ، فصَحَّ ظِهارُه ، كالمسلمِ . ولا يَصِحُّ ظِهارُ السَّيِّدِ مِن أمَتِه ؛ لقولِه تعالى : ﴿ مِّن نِّسَآئِهِم ﴾ . فخَصَّ به الزَّوْجاتِ . فإن ظاهَر منها ، أو حَرَّمها ، فعليه كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، كما لو حَرَّم طَعامَه . وعنه ، عليه كَفَّارَةُ ظِهَارٍ . قال أبو الخَطَّابِ : ويتَوَجَّهُ أن لا يلْزَمَه شىءٌ ، كما لو ظاهَرَتِ المرأةُ مِن زَوْجِها .

---

(1) فى م : « و » .

(2) سورة المجادلة ٢ .

وفى س ٣ : (يَظَّهَّرون) . وهى قراءة نافع وابن كثير وأبى عمرو ، وقرأ ابن عامر وحمزة والكسائى بياء مفتوحة وألف وتشديد الظاء (يَظَّاهرون) ، وقرأ عاصم بياء مضمومة وألف وتخفيف الظاء ، وهو المثبت . انظر : كتاب السبعة فى القراءات لابن مجاهد ٦٢٨ .

فإن ظاهَر مِن أجْنَبِيَّةٍ ، ثم تزوَّجها ، أو قال : كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها[1] علَيَّ كظَهْرِ أُمِّى . ثم تَزَوَّجها ، لم تَحِلَّ له[2] حتى يُكَفِّرَ ؛ لِما روَى الإمامُ أحمدُ[3] بإسْنادِه ، عن عُمَرَ بنِ الخطَّابِ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قال فى رجلٍ قال : إن تَزَوَّجْتُ فُلانَةَ فهى علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . ثم تَزَوَّجها ، قال : عليه كَفَّارَةُ الظِّهَارِ . ولأنَّها يَمِينٌ [٣٢٨ظ] مُكَفَّرَةٌ ، فصَحَّ عَقْدُها قبلَ النِّكاحِ ، كاليَمِينِ باللَّهِ تعالى .

فصل : فإن قال : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . أو ظَهْرِ مَن[4] يَحْرُمُ عليه على التأْبِيدِ ؛ كجَدَّتِه ، وسائرِ ذَواتِ مَحارِمِه مِن النَّسَبِ ، أو[5] الرَّضاعِ ، أو المُصاهَرَةِ ، فهو مُظاهِرٌ ؛ لأنَّه شَبَّهَها بظَهْرِ مَن هى مَحَلٌّ للاسْتِمْتاعِ[6] ، تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ ، فكان مُظاهِرًا ، كما لو قال : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى .

وإن شَبَّهَها بمَن (٧تَحْرُمُ عليه٧) فى حالٍ (٨دُونَ حالٍ٨) ؛ كأُخْتِ زَوْجَتِه ،

---

(١) بعده فى م : « هى » .

(٢) زيادة من : م .

(٣) لم نجده فى المسند . وانظر مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد اللَّه ٣/ ١١. وأخرجه الإمام مالك ، فى : باب ظهار الحر ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٥٩. وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٤٣٥، ٤٣٦. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/ ٢٥٢. والبيهقى ، فى : سننه ٧/ ٣٨٣. وأعله بالانقطاع .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « و » .

(٦) فى الأصل : « الاستمتاع » .

(٧ - ٧) فى م : « يحرم » .

(٨ - ٨) سقط من : م .

وعَمَّتِها، أو[1] الأَجْنَبِيَّةِ، ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، هو ظِهَارٌ. اخْتارَه[2] الخِرَقِيُّ، وأبو بَكْرٍ؛ لأنَّه تَشْبِيهٌ بمُحَرَّمَةٍ[3] عليه، أشْبَهَ تَشْبِيهَها بالأُمِّ. والأُخْرَى، ليس بظِهارٍ؛ لأنَّه شَبَّهَها بمَن لا تَحْرُمُ عليه[4] على التأْبِيدِ، أَشْبَهَ تَشْبِيهَها[5] بالمُحْرِمَةِ والصَّائمةِ.

وإن قال: أنتِ علَيَّ كظَهْرِ البَهِيمَةِ. لم يكُنْ مُظاهِرًا؛ لأنَّه ليس [6]مَحَلًّا للاسْتِمْتاعِ[6].

وإن قال: أنتِ علَيَّ كظَهْرِ أبِي. ففيه رِوايَتان؛ إحْداهما، هو ظِهارٌ؛ لأنَّه شَبَّهَها بمَحَلٍّ مُحَرَّمٍ على التأْبِيدِ، أشْبَهَ التَّشْبِيهَ بظَهْرِ الأُمِّ. والأُخْرَى، ليس بظِهارٍ؛ لأنَّه ليس بمَحَلٍّ للاسْتِمْتاعِ، أَشْبَهَ التَّشْبِيهَ بالبَهِيمَةِ.

فصل: فإن قال: أنتِ عندِى، أو: معِى، أو: منِّى، كظَهْرِ أُمِّى. فهو ظِهارٌ؛ لأنَّه [7]يُفِيدُ ما[7] يُفيدُه قولُه: أنتِ علَيَّ كظَهْرِ أُمِّى. وإن شَبَّهَها بعُضْوٍ غيرِ الظَّهْرِ، فقال: أنتِ علَيَّ كفَرْجِ أُمِّى، أو: يَدِها، أو: رأْسِها. فهو ظِهارٌ؛ لأنَّ غيرَ الظَّهْرِ كالظَّهْرِ فى التَّحْرِيمِ، فكذلك فى الظِّهارِ به.

---

(١) فى الأصل، ف: «و».

(٢) فى الأصل: «واختاره»، وفى ف: «اختارها».

(٣) فى م: «بمحرم».

(٤) سقط من: الأصل، س ٣.

(٥) فى س ٣، م: «تحريمها».

(٦ - ٦) فى الأصل: «بمحل الاستمتاع».

(٧ - ٧) فى م: «تقيد بما».

وإن شَبَّهَ عُضْوًا منها بظَهْرِ أُمِّه أو عُضوٍ مِن أعْضائِها ، فقال : ظَهْرُكِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . أو : رَأْسُكِ علَىَّ كرَأْسِ أُمِّى . فهو مُظاهِرٌ ؛ لأنَّه قولٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، فجاز تَعْلِيقُه على يَدِها ورَأْسِها ، كالطَّلاقِ . وما لا يَقَعُ الطَّلاقُ بإضافَتِه إليه ؛ كالشَّعَرِ ؛ والسِّنِّ ، والظُّفُرِ ، لا يتعلَّقُ الظِّهارُ به ؛ لِما ذكَرْنا .

فصل : فإن قال : أنتِ علَىَّ كأُمِّى . أو : مثلُ أُمِّى . فهو مُظاهِرٌ . فإن نَوَى به التَّشْبِيهَ فى الكَرامَةِ أو نحوِها ، فليس بظِهارٍ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ [(١] ما قاله [١)] . وعنه ، ليس بظِهارٍ حتى يَنْوِيَه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ غيرَ الظِّهارِ كاحْتِمالِه إيَّاه ، فلم يُصْرَفْ إليه إلَّا بنِيَّةٍ ، ككِنَاياتِ الطلاقِ . وإن قال : أنتِ كأُمِّى ، أو : مِثْلُها . فليس بظِهارٍ ، [(٢] إلَّا أن [٢)] يَنْوِيَه ؛ لأنَّه فى غيرِ التَّحْرِيمِ أظْهَرُ . وقال أبو الخَطَّابِ : هى كالتى قبلَها . وهكذا يَتَخَرَّجُ [(٣)] فى قَوْلِه : رأْسُكِ كرأْسِ أُمِّى ، أو [(٤)] : يَدُكِ كيَدِها . وما أشْبَهَه . وقِياسُ المَذْهَبِ أنَّه إن وُجِدَتْ قَرِينَةٌ صارِفَةٌ إلى الظِّهارِ ، مثلَ أن يُخْرِجَه مَخْرَجَ اليَمِينِ ، كقَوْلِه : إن خرَجْتِ مِن الدارِ فأنتِ عندِى كأُمِّى . وشِبْهِه ، فهو ظِهارٌ ؛ لأنَّ القَرِينَةَ صارِفَةٌ إليه ، وإلَّا لم يكنْ ظِهارًا ؛ لتَرَدُّدِ الاحْتِمالاتِ فيه . وإن قال : أنتِ حَرامٌ كأُمِّى . فهو صَرِيحٌ فى الظِّهارِ ؛ لأنَّه لا [(٥)] يَحْتَمِلُ سِوَى التَّحْرِيمِ .

(١ - ١) فى م : « مقاله » .

(٢ - ٢) فى الأصل : « حتى » .

(٣) فى م : « يخرج » .

(٤) فى ف : « و » .

(٥) سقط من : الأصل .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ كظَهْرِ أُمِّى . طَلُقَتْ ، ولم يكنْ ظِهارًا ؛ لأنَّه أوْقع الطلاقَ صَرِيحًا ، فوَقَع ، وبَقِى قولُه : كظَهْرِ أُمِّى . غيرَ مُتَعلِّقٍ بشىءٍ ، فلم يقَعْ . فإن نَوَى به الطلاقَ والظِّهارَ معًا ، فهو ظِهارٌ وطلاقٌ . وإن نَوَى بقَوْلِه : أنتِ طالقٌ . الظِّهارَ ، لم يكنْ ظِهارًا ؛ لأنَّه صَرِيحٌ فى مُوجَبِه ، فلم يَنْصَرِفْ إلى غيرِه بالنِّيَّةِ ، [٣٢٩و] كما لو نَوَى بقولِه : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . الطَّلاقَ .

فصل : ويصِحُّ الظِّهارُ مُؤَقَّتًا ، كقولِه : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى شَهْرًا ؛ لِما روَى سَلَمَةُ بنُ صَخْرٍ ، قال : ظَاهَرْتُ مِن امرأتِى حتى يَنْسَلِخَ شهرُ رَمَضانَ ، فبَيْنا هى تَخْدُمُنِى ذاتَ ليلةٍ ، إذ انْكَشَفَ لى منها شىءٌ ، فلم أَلْبَثْ أَنْ نَزَوْتُ عليها ، فانْطَلَقْتُ إلى رسولِ اللَّهِ ﷺ فأخْبَرْتُه الخَبَرَ ، فقال : « حَرِّرْ رَقَبَةً » . (١رواه أبو داودَ١) . ولأنَّه يَمِينٌ مُكَفَّرَةٌ ، فصَحَّ تَوْقِيتُها ، كاليَمِينِ باللَّهِ تعالى . فإذا مَضَى الوَقْتُ ، مَضَى حُكْمُ الظِّهارِ . ويجوزُ تَعْلِيقُه بشَرْطٍ ، كدُخولِ الدارِ ؛ لذلك ، فإذا وُجِد الشَّرْطُ ، ثَبَت حُكْمُ الظِّهارِ . وإن قال : أنتِ علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى إن شاءَ اللَّهُ . لم يَصِرْ(٢) مُظاهِرًا ؛ لِما ذكَرْناه .

فصل : وإذا قالتِ المرأةُ لزَوْجِها : أنتَ علَىَّ كظَهْرِ أبِى . لم تكنْ

(١ - ١) سقط من الأصل.
والحديث تقدم تخريجه فى ٢/ ١٩٤.

(٢) فى ف : « يكن » .

مُظاهِرَةً ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾[1] . فعَلَّقه على الزَّوْجِ ، ولأنَّه قولٌ يُوجِبُ تحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، يَمْلِكُ الزَّوْجُ رَفْعَه، فاخْتَصَّ الرَّجُلَ[2] ، كالطلاقِ . وفى وُجوبِ الكَفَّارَةِ ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، عليها كَفَّارَةُ الظِّهارِ ؛ لِما روَى إبْراهِيمُ أنَّ عائشةَ بنتَ طَلْحَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، قالَتْ : إن تَزَوَّجْتُ مُصْعَبَ بنَ الزُّبَيْرِ ، فهو علَىَّ كظَهْرِ أبِى . فسألَتْ أهْلَ المدينةِ ، فرَأَوْا أنَّ عليها الكفَّارَةَ . رَواه الأَثْرَمُ[3] . ولأنَّها أتَتْ بالمُنْكَرِ مِن القَوْلِ والزُّورِ بهذا اللَّفْظِ ، فلَزِمَتْها كفَّارَةُ الظِّهارِ ، كالرجلِ . والثانيةُ ، لا شىءَ عليها ؛ لأنَّه تَشْبِيهٌ غيرُ ظِهارٍ ، فلم يُوجِبْ كَفَّارَةً[4] ، كقَوْلِها : أنتَ علَىَّ كظَهْرِ البَهِيمَةِ . والثالثةُ ، عليها كفَّارَةُ يَمِينٍ . أَوْمَأَ إليها بقولِه : قد ذَهَب عَطَاءٌ مَذْهَبًا ، جَعَلها بمَنْزِلَةِ مَن حَرَّم على نفسِه شيئًا مِن الطَّعامِ . وهذا أقْيَسُ فى مذْهَبِه ؛ لأنَّه تَحْرِيمٌ لحَلالٍ غيرِ الزَّوْجَةِ ، فأوْجَبَ كفَّارَةَ يَمِينٍ ، كتَحْرِيمِ الأمَةِ . وعليها التَّمْكِينُ قبلَ التكفيرِ[4] ؛ لأنَّه حَقٌّ عليها ، فلا يَسْقُطُ بيَمِينِها ، ولأنَّه قَوْلٌ غيرُ الظِّهارِ مُوجِبٌ للكَفَّارَةِ ، فأَشْبَهَ اليَمِينَ باللَّهِ تعالى .

---

(١) سورة المجادلة ٣.

وفى الأصل ، س٣: (يَظَّهَّرون) . وانظر ما تقدم فى صفحة ٥٤٩.

(٢) بعده فى ف : « به » .

(٣) وأخرجه ابن حزم من طريقه ، فى : المحلى ١١/ ٢٦١، ٢٦٢. ومن طرق أخرى أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٤٤٤. وسعيد بن منصور ، فى : سننه ٢/ ١٩. وإسناده صحيح . انظر : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٤٥، ١٤٦.

(٤) فى م : « الكفارة » .

فصل: وإذا صَحَّ الظِّهارُ ووُجِد العَوْدُ، وجَبَتِ الكَفَّارَةُ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[1]. والعَوْدُ هو الوَطْءُ في ظاهِرِ كلامِ أحمدَ والخِرَقِيِّ. قال أحمدُ: العَوْدُ الغِشْيانُ؛ لأنَّ العَوْدَ في القَوْلِ فِعْلُ ضِدِّ ما قال، كما أنَّ العَوْدَ في الهِبَةِ[2] اسْتِرْجاعُ ما وَهَبَ[3]. فالمُظاهِرُ [4]مَنَع نَفْسَه غِشْيانَها، فعَوْدُه في قولِه غِشْيانُها[4]. وقالَ القاضِي وأصْحابُه: العَوْدُ العَزْمُ على الوَطْءِ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالَى أَمَر بالتَّكْفِيرِ عَقِيبَ العَوْدِ قبلَ التَّماسِّ[5]، بقولِه سبحانه وتعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾. وعلى كِلا القَوْلَيْن لا يَحِلُّ له الوَطْءُ قبلَ التَّكْفِيرِ؛ لقولِه سبحانه وتعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾. فإن وَطِئَ قبلَه، أَثِمَ، واسْتَقَرَّتِ الكفَّارَةُ عليه، ولم يَجِبْ عليه أكثرُ منها؛ لحديثِ سَلَمَةَ حينَ وَطِئَ، فلم يأْمُرْه النبيُّ ﷺ بأكْثَرَ مِن كفَّارَةٍ. وتَحْرِيمُها باقٍ حتى يُكَفِّرَ؛ لِمَا رُوِىَ أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ لسَلَمَةَ: «مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا صَنَعْتَ». قالَ: رأيْتُ بيَاضَ سَاقِهَا في القَمَرِ. قالَ: «فَاعْتَزِلْهَا حَتَّى تُكَفِّرَ»[6]. [٣٢٩ظ] وأمَّا قبلَ

---

(١) وردت في الأصل، س ٣: «يَظَّهَّرون».

(٢) بعده في م: «هو».

(٣) في ف: «وجب».

(٤ - ٤) في م: «محرم للوطء على نفسه، ومانع لها منه، فالعود فعله».

(٥) في ف: «أن يتماسا».

(٦) أخرجه أبو داود، في: باب في الظهار، من كتاب الطلاق. سنن أبي داود ١/ ٥١٥. والترمذي، في: باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، من أبواب الطلاق. سنن الترمذي =

الوَطْءِ ، فلا كفَّارَةَ عليه ، وإنَّما أُمِرَ بها لكَوْنِها شَرْطًا لحِلِّ الوَطْءِ ، كاسْتِبْراءِ الأَمَةِ المُشْتَرَاةِ . فإن فات الوَطْءُ بموتِ أحَدِهما أو فُرْقَتِهما ، فلا كَفَّارَةَ عليه ؛ لذلك ، وإن عاد فتزَوَّجَها ، لم تَحِلَّ له[1] حتى يُكَفِّرَ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كانتِ الفُرْقَةُ بعدَ العَزْمِ ، فعليه الكَفَّارَةُ . وهذا مُقْتَضَى قولِ مَن وافَقَه . وقد صَرَّح أحمدُ بإنْكارِه . وكذلك قال القاضِى : لا كَفَّارَةَ عليه .

فصل : وفى التَّلَذُّذِ بالمُظاهَرِ منها قبلَ التَّكْفِيرِ بما دُونَ الجِمَاعِ ، كالقُبْلَةِ ، واللَّمْسِ ، رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يَحْرُمُ ؛ لأَنَّ ما حَرَّم الوَطْءَ مِن القَوْلِ ، حَرَّم دَواعِيَه ، كالطلاقِ . والثانيةُ ، لا يَحْرُمُ ؛ لأنَّه تَحْرِيمٌ يتعَلَّقُ بالوَطْءِ ، فيه كفَّارَةٌ ، فلم يتَجاوَزِ الوَطْءَ ، كتَحْرِيمِ الحَيْضِ ، ولأَنَّ المَسِيسَ هـٰهُنا كِنايَةٌ عن الوَطْءِ ، فيُقْتَصَرُ عليه .

فصل : وإذا ظاهرَ مِن أرْبَعِ نِسْوَةٍ بأَرْبَعِ كَلِماتٍ ، فعليه لكُلِّ واحدةٍ كفَّارَةٌ ؛ لأَنَّها أرْبَعُ أَيْمانٍ فى مَحالَّ مُخْتَلِفَةٍ ، فأَشْبَهَ[2] ما لو وُجِدَتْ فى أرْبَعَةِ أنْكِحَةٍ . قال ابنُ حامِدٍ والقاضِى : هذا المَذْهَبُ ، رِوايةً واحدةً . وقالَ أبو بَكْرٍ : فيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، يُجْزِئُه كفَّارَةٌ واحدةٌ ؛ لأَنَّ ذلك يُرْوَى عن

= ٥/ ١٧٦، ١٧٧. والنسائى ، فى : باب الظهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٣٦، ١٣٧. وابن ماجه ، فى : باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٦، ٦٦٧. كلهم من حديث ابن عباس .

(١) سقط من الأصل ، س ٣.

(٢) سقط من : الأصل .

عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، ولأنَّ الكَفّارَةَ حَقٌّ للَّهِ سبحانه وتعالى ، فلم تتَكَرَّرْ بتَكَرُّرِ سَببِها ، كالحُدُودِ[1] . وإن ظاهَر مِنْهُنَّ بكَلِمَةٍ واحدةٍ ، فكَفَّارَةٌ واحدةٌ ، رِوايةً واحدةً ؛ لِمَا رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، أنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، سُئِل عن رجلٍ ظاهَرَ مِن نِسْوَةٍ ، فقالَ : يُجْزِئُه كَفَّارَةٌ واحدةٌ[2] . [3]ولأنَّها يَمِينٌ واحدةٌ[3] ، فلم تُوجِبْ[4] أكْثَرَ مِن كفَّارَةٍ ، كاليَمِينِ باللَّهِ سبحانه وتعالى . وإن ظاهَر مِن امرأةٍ مِرارًا ولم يُكَفِّرْ ، فكفَّارَةٌ واحدةٌ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ اليَمِينَ الثانيةَ لم تُؤَثِّرْ تَحْرِيمًا فى الزَّوْجَةِ ، فلم يَجِبْ بها كفَّارَةُ الظِّهارِ ، كاليَمِينِ باللَّهِ سبحانه وتعالى . وعن أحمدَ ما يدُلُّ على أنَّه إن نَوَى بالثانيةِ الاسْتِئْنافَ ، وَجَب بها كفَّارَةٌ ثانيةٌ ؛ لأنَّه قولٌ يُوجِبُ تَحْرِيمًا فى الزَّوْجَةِ ، فإذا نَوَى به الاسْتِئْنافَ ، تعَلَّق به حُكْمٌ ، كالطلاقِ[5] . والمَذْهَبُ الأَوَّلُ . فأمَّا إن كَفَّر عن الأُولَى ، فعليه للثانِيَةِ كفَّارَةٌ[6] ، رِوايةً واحدةً ؛ لأنَّها أثْبَتَتْ فى المَحَلِّ تَحْرِيمًا ، أَشْبَهَتِ الأُولَى .

وإن قال : كلُّ امرأةٍ أتزَوَّجُها ، فهى علَىَّ كظَهْرِ أُمِّى . ثم تزَوَّج نِساءً فى عَقْدٍ[7] ، فكَفَّارَةٌ واحدةٌ . وإن تزَوَّجَهُنَّ فى عُقُودٍ ، فكذلك فى إحْدَى

---

(1) فى س ٣: « كالحد » .

(2) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٨٣، ٣٨٤.

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(4) فى ف : « يوجب سببها » .

(5) فى ف : « الطلاق » .

(6) بعده فى م : « واحدة » .

(7) بعده فى م : « واحد » .

الرِّوايَتَيْن ؛ لأنَّها يَمِينٌ واحدةٌ . والأُخْرَى ، لكلِّ عَقْدٍ كفَّارَةٌ ، فلو تزَوَّج امْرَأَتَيْن فى عَقْدٍ ، وأُخْرَى فى عَقْدٍ ، لَزِمَتْه كفَّارَتان ؛ لأنَّ لكلِّ عَقْدٍ حُكْمَ نفْسِه ، فتعَلَّق بالثانِى كفَّارَةٌ ، كالأَوَّلِ .

فصل : وإن ظاهَر مِن زَوْجَتِه الأمَةِ ، ثم مَلَكها ، فقالَ الخِرَقِىُّ : لا يَطَؤُها حتى يُكَفِّرَ . يعْنِى كفَّارَةَ الظِّهارِ ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَـٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[1] . وقال أبو بكرٍ : عليه كفَّارَةُ يَمِينٍ لا غيرُ ؛ لأنَّها خرَجَتْ عن الزَّوْجاتِ ، فلم يجِبْ بوَطْئِها كفَّارَةُ ظِهارٍ ، كما لو تَظاهَر منها وهى أمَةٌ . فإن أعْتَقَها عن كفَّارَتِه ، جاز ، فإذا تزَوَّجها بعدَ ذلك ، لم يَعُدْ حُكْمُ الظِّهارِ .

---

(١) سورة المجادلة ٣.

وورد فى الأصل : (يَظَّهَّرُون) . وانظر صفحة ٥٤٩.

بابُ كفَّارةِ الظِّهارِ

والواجِبُ [٣٣٠و] فيها تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فمَن لم يَجِدْ فصِيامُ شَهْرَيْن مُتَتابِعَيْنِ، فمَن لم يَسْتَطِعْ فإطْعامُ سِتِّين مِسْكِينًا؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالَى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾. الآيتين[1]. ورَوَى أبو داودَ[2] بإسْنادِه عن خَوْلَةَ[3] بنتِ مَالِكِ بنِ ثَعْلَبَةَ، قالَتْ: تَظاهَرَ[4] منِّى أَوْسُ بنُ الصَّامِتِ، فجِئْتُ رسولَ اللَّهِ ﷺ أشْكُو إليه، ورسولُ اللَّهِ ﷺ يُجادِلُنِى فيه، فما بَرِحْتُ حتى نَزَلَ القرآنُ: ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا﴾[5]. فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ: «يُعْتِقُ رَقَبَةً». قلتُ: لا يجدُ. قالَ: «فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ». فقلتُ[6]:

---

(١) سقط من: م.
والآيتان ٣، ٤ من سورة المجادلة. وورد فى الأصل: (يَظَّهَّرُون).

(٢) فى: باب فى الظهار، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥١٣، ٥١٤.
كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٦/ ٤١٠، ٤١١. وأصل الحديث عند البخارى معلقا، انظر: باب قول اللَّه تعالى: ﴿وكان اللَّه سميعا بصيرا﴾. من كتاب التوحيد. صحيح البخارى ٩/ ١٤٤.

(٣) فى الأصل: «خويلة». ويقال: خولة، وخويلة. انظر عون المعبود ٢/ ٣٣٤.

(٤) فى ف: «ظاهر».

(٥) سورة المجادلة ١.

(٦) فى م: «قلت».

يا رسولَ اللَّهِ، إنَّه[1] شَيْخٌ كبيرٌ، ما به مِن[2] صيامٍ. قالَ: «فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا». فمَن مَلَك رَقَبَةً، أو مالًا يَشْتَرِى به رَقَبَةً، فاضِلًا عن حاجَتِه لنَفَقَتِه وكِسْوَتِه ومَسْكَنِه، وما لَا بُدَّ له منه[3] مِن مُؤْنَةِ عِيالِه ونحوِه، لَزِمَه العِتْقُ؛ لأنَّه واجِدٌ، فإن كانت له رَقَبَةٌ لا يَسْتَغْنِى عن خِدْمَتِها لكِبَرِه أو مَرَضِهِ، أو لكَوْنِه ممَّن[4] لا يَخْدُمُ نفسَه، أو يَحْتاجُ إليها لخِدْمَةِ زَوْجَتِه التى يَلْزَمُه إخْدامُها، أو يتقَوَّتُ بغَلَّتِها، أو يتعَلَّقُ بها حاجَةٌ لابُدَّ منها، لم يَلْزَمْه عِتْقُها؛ لأنَّ ما تَسْتَغْرِقُه حاجَتُه كالمَعْدُومِ فى جَوازِ الانْتِقالِ إلى البَدَلِ، كمَن معه ماءٌ يحْتاجُ إليه للعَطَشِ فى التَّيَمُّمِ. وإن كانت فاضِلَةً عن حاجَتِه الأصْلِيَّةِ، لَزِمه عِتْقُها؛ لأنَّه مُسْتَغْنٍ عنها. فإن كانَ مالُه[1] غائبًا، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، له التَّكْفِيرُ بالصِّيامِ[5]؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَحْرِيمِ الوَطْءِ إلى حُضُورِ المالِ، فكان له الصَّوْمُ، كالمُعْسِرِ. والثانى، لا يُجْزِئُه إلَّا العِتْقُ؛ لأنَّه مالِكٌ لِما يشْتَرِى به رَقَبَةً[6]، فاضِلًا[7] عن كِفَايَتِه، ولو كان ذلك فى كفَّارَةِ القَتْلِ والجِمَاعِ، لم يكنْ له التَّكْفِيرُ بالصِّيامِ؛ لأنَّه قادِرٌ على

---

(١) سقط من: الأصل.

(٢) زيادة من: م.

(٣) سقط من: م.

(٤) فى الأصل: «مما».

(٥) بعده فى الأصل: «و».

(٦) بعده فى م: «ولأنه».

(٧) فى الأصل، م: «فاضل».

التَّكْفِيرِ بالعِتْقِ مِن غيرِ ضَرَرٍ، فلَزِمَه، كمَن مالُه حاضِرٌ. ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ له الصَّوْمُ؛ لأنَّه عاجِزٌ فى الحالِ، فأَشْبَهَ المُظاهِرَ.

فصل: والاعْتِبارُ بحالِ وُجُوبِ الكفَّارَةِ، فى أظْهَرِ الرِّوايَتَيْن؛ لأنَّها تجِبُ على وَجْهِ التَّطْهِيرِ، فاعْتُبِر فيها حالُ الوُجُوبِ، كالحَدِّ. والثانيةُ، الاعْتِبارُ بأَغْلَظِ الأحْوالِ مِن حينِ الوُجوبِ إلى الأداءِ، فأَىُّ وَقْتٍ قَدَر على العِتْقِ، لَزِمَه؛ لأنَّه حقٌّ يجِبُ فى الذِّمَّةِ بوُجودِ المالِ، فاعْتُبِر فيه أغْلَظُ الأحْوالِ، كالحَجِّ. فإن لم يَقْدِرْ حتى شَرَع فى الصِّيامِ، لم يلْزَمْه الانْتِقالُ إلى العِتْقِ؛ لأنَّه وَجَد المُبْدَلَ بعدَ الشُّروعِ فى صَوْمِ البَدَلِ، فأَشْبَهَ المُتَمَتِّعَ يجِدُ الهَدْىَ بعدَ الشُّروعِ فى الصِّيامِ. وإن أحَبَّ الانْتِقالَ إليه بعدَ ذلك أو قبلَه، على الرِّوايَةِ الأُولَى، فله ذلك؛ لأنَّه الأصْلُ، فيُجْزِئُه كسائرِ الأُصُولِ، إلَّا العَبْدَ إذا أُعْتِقَ[1] بعدَ وُجوبِ الكفَّارَةِ عليه، فليس له إلَّا الصَّومُ؛ لأنَّه لم يكنْ يُجْزِئُه غيرُه حينَ[2] الوُجوبِ، فكذلك بعدَه.

فصل: ولا يُجْزِئُ فى[3] الكفَّاراتِ كلِّها إلَّا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالَى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[4]. نصَّ على المُؤْمِنَةِ فى كفَّارَةِ

---

(١) فى س ٣، ف: «عتق».

(٢) فى م: «عند».

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) سورة النساء ٩٢.

القتلِ، وقِسْنا عليها سائرَ الكفَّاراتِ؛ لأنَّها فى مَعْناها. وعنه، يُجْزِئُ[1] فى سائرِ الكفَّاراتِ ذِمِّيَّةٌ؛ لإطْلاقِ الرَّقَبَةِ فيها.

فصل: ولا يُجْزِئُ إلَّا رَقَبَةٌ سالمةٌ مِن العُيوبِ المُضِرَّةِ بالعَمَلِ ضررًا بيِّنًا؛ لأنَّ المَقْصُودَ تَمْليكُ العَبْدِ مَنْفعَتَه، وتَمْكِينُه مِن التَّصرُّفِ، ولا يحْصُلُ هذا مع العَيْبِ المذْكُورِ، فلا يُجْزِئُ الأَعْمَى؛ لأنَّه يَعْجِزُ عن الأعْمالِ [٣٣٠ظ] التى يُحْتاجُ إلى البَصِيرِ فيها، ولا الزَّمِنُ، ولا مَقْطُوعُ اليَدِ أو الرِّجْلِ؛ لأنَّه يَعْجِزُ عن أعمالٍ كثيرةٍ، ولا مَقْطُوعُ الإبْهامِ أو[2] السَّبَّابَةِ أو الوُسْطَى مِن اليَدِ؛ لأنَّ نَفْعَها يَبْطُلُ بهذا، ولا مَقْطُوعُ الخِنْصَرِ والبِنْصَرِ مِن يَدٍ واحدةٍ؛ لذلك[3]، وقَطْعُ أُنْمُلَتَيْن مِن أُصْبُعٍ كقَطْعِها؛ لأنَّ نفعَها يذْهَبُ بذلك، ولا يَمْنَعُ قَطْعُ أُنْمُلَةٍ واحدةٍ؛ لأنَّها[4] تَصِيرُ كالأُصْبُعِ القَصِيرَةِ، إلَّا[5] الإبْهامَ فإنَّها أُنْمُلَتانِ، فذَهابُ إحْداهما كقَطْعِها؛ لذَهابِ نَفْعِها. وإن قُطِعَتِ الخِنْصَرُ مِن يَدٍ، والبِنْصَرُ مِن أُخْرَى، لم يَمْنَعْ؛ لأنَّ نَفْعَ اليَدِ لا يَبْطُلُ به.

ولا يُجزِئُ الأَعْرَجُ عَرَجًا فاحِشًا؛ لأنَّه يَضُرُّ بالعَمَلِ، فهو كقَطْعِ الرِّجْلِ، فإن كان عَرَجًا يَسِيرًا، أجْزَأَ؛ لأنَّه لا يَضُرُّ ضررًا بيِّنًا.

ولا يُجزِئُ الأخْرَسُ الذى لا تُفْهَمُ إشارَتُه، فإن فُهِمَتْ إشارَتُه،

---

(١) فى م: «يجزئه».

(٢) فى الأصل: «ولا».

(٣) فى م: «كذلك».

(٤) بعده فى ف: «لا».

(٥) فى ف: «لا».

فالمَنْصُوصُ أنَّ الأخْرَسَ لا يُجزِئُ. وقال القاضى، وأبو الخَطَّابِ: يُجزِئُ، إلَّا أن يَجْتَمِعَ معه الصَّمَمُ[1]، فإنَّهما إذا اجْتَمَعا أضَرَّا ضرَرًا بيِّنًا.

ولا يُجزِئُ المجْنُونُ جُنُونًا مُطْبِقًا؛ لأنَّه لا يصْلُحُ لعَمَلٍ، ولا مَن أكْثَرُ زَمَنِه الجُنُونُ؛ لأنَّه يُعْجِزُه[2] عن العَمَلِ فى أكْثَرِ زَمَنِه، فإن كان أكْثَرُه الإفاقَةَ، ولا يَمْنَعُه مِن العملِ، أجْزَأ؛ لعدَمِ الضَّرَرِ البيِّنِ.

فصل: ويُجْزِئُ الأعْوَرُ؛ لأنَّه يُدْرِكُ ما يُدْرِكُه ذو العَيْنَيْن، وأجْدَعُ الأَنْفِ والأُذُنَيْن، والأَصَمُّ؛ لأنَّه كغيرِه فى العملِ. ويُجْزِئُ الخَصِىُّ والمجْبُوبُ؛ لذلك[3]. ويُجْزِئُ المَرْهُونُ، والجانِى، والمُدَبَّرُ، ووَلَدُ الزِّنَى؛ لذلك[3]. ويُجْزِئُ الأَحْمَقُ، وهو الذى يُخْطِئُ ويَعْتَقِدُ خطَأَه صَوابًا. ويُجْزِئُ المريضُ المَرْجُوُّ بُرْؤُه، والنَّحِيفُ القادِرُ على العَمَلِ، فأمَّا مَن لا يُرْجَى بُرْؤُه، أو[4] لا يَقْدِرُ على العَمَلِ، فلا يُجْزِئُ؛ لأنَّه لا عمَلَ فيه.

ويُجْزِئُ عِتْقُ الغائبِ المَعْلُومِ حياتُه؛ لأنَّه ينْتَفِعُ[5] بنفسِه حيث كان، وإن شكَّ فى حياتِه، لم تَبْرَأْ ذِمَّتُه؛ لأنَّ الوُجوبَ ثابتٌ بيقِينٍ، فلا يزُولُ بالشَّكِّ، فإن تَبَيَّنَ أنَّه كانَ حيًّا، تَبَيَّنَّا أنَّ الذِّمَّةَ بَرِئَتْ بعِتْقِه.

فصل: ولا يُجْزِئُ عِتْقُ الجَنِينِ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ له أحْكامُ الرِّقابِ. فإن

---

(١) فى الأصل: «الصم».

(٢) فى م: «يعجز».

(٣) فى م: «كذلك».

(٤) فى الأصل، ف: «و».

(٥) فى الأصل: «منتفع».

أَعْتَق صَبِيًّا، فقال الخِرَقِيُّ: لا يُجْزِئُ حتى يُصَلِّيَ ويصومَ؛ لأنَّ الإيمانَ قَوْلٌ وعمَلٌ، ولأنَّه لا يَصِحُّ منه عِبادَةٌ، لفَقْدِ التَّكْليفِ، فلم يُجْزِئْ فى الكفَّارَةِ، كالمجْنُونِ. وقالَ القاضى: لا يَجُوزُ[1] عِتْقُ[2] مَن له دونَ السَّبْعِ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ. وقالَ فى مَوْضِعٍ آخَرَ: يُجْزِئُ عِتْقُ الصَّغِيرِ فى جميعِ الكفَّاراتِ، إلَّا كفَّارَةَ القَتْلِ، فإنَّها على رِوايتَيْنِ. وقالَ أبو بَكْرٍ وغيرُه: يُجْزِئُ الطِّفْلُ فى جميعِ الكفَّاراتِ؛ لأنَّه تُرْجَى مَنافِعُه وتصَرُّفُه، فأجْزَأَ، كالمريضِ المَرْجُوِّ بُرْؤُه[3].

ولا يُجْزِئُ عِتْقُ مَغْصُوبٍ؛ لأنَّه مَمْنُوعٌ مِن التَّصَرُّفِ فى نفسِه، فأشْبَهَ الزَّمِنَ.

فصل: ولا يُجْزِئُ عِتْقُ أُمِّ الوَلَدِ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ؛ لأنَّ عِتْقَها مُسْتَحَقٌّ بسَبَبٍ آخَرَ، فلم يُجْزِئْه[1]، كعِتْقِ[4] قريبِه، ولأنَّ الرِّقَّ فيها غيرُ كامِلٍ، بدَليلِ أنَّه لا يَمْلِكُ نَقْلَ مِلْكِه فيها. وعنه، يُجْزِئُ؛ لأنَّها رَقَبَةٌ، فتَتَناوَلُها الآيَةُ بعُمُومِها.

وفى المُكاتَبِ ثلاثُ رِواياتٍ؛ إحْداهُنَّ، يُجْزِئُ مُطْلَقًا. والأُخْرَى، لا يُجْزِئُ مُطْلَقًا. ووَجْهُهما ما ذكَرْنا. والثالثةُ، إن أدَّى مِن كِتابَتِه شيئًا، لم

---

(١) فى م: «يجزئ».

(٢) زيادة من: ف.

(٣) سقط من: س ٣، م.

(٤) فى ف: «كمعتق».

يُجْزِئُ ؛ لأنَّه [٣٣١و] حَصَل العِوَضُ عن بعضِها ، فلم يُعْتِقْ رَقَبَةً كامِلَةً ، وإن لم يُؤَدِّ شيئًا ، أجْزَأَ ؛ لأنَّه لم يَعْتَضْ[١] عن شىءٍ منها ، أَشْبَهَ المُدَبَّرَ .

فصل : وإنِ اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ عليه يَنْوِى بشِرائِه العِتْقَ عن الكفَّارَةِ ، عَتَق ، ولم يُجْزِئْه ؛ لأنَّ عِتْقَه مُسْتَحَقٌّ فى غيرِ[٢] الكفَّارَةِ ، فلم يُجْزِئْه ، كما لو اسْتُحِقَّ عليه الطَّعامُ فى النَّفَقَةِ ، فدَفَعه عن الكفَّارَةِ . وإنِ اشْتَرَى عَبْدًا بشَرْطِ العِتْقِ ، فأعْتَقَه عن[٣] الكفَّارَةِ ، لم يُجْزِئْه ؛ لذلك[٤] . ولو قال : إن وَطِئْتُكِ فعَلَىَّ أَن أُعْتِقَ عَبْدِى . ثم وَطِئَها ، وأعْتَق العبدَ عن ظِهارِه ، أجْزَأَه ؛ لأنَّه لم يتَعَيَّنْ عِتْقُه عن الإيلاءِ ، بل هو مُخَيَّرٌ بينَ عِتْقِه وبينَ كفَّارَةِ يَمِينٍ .

فصل : ولو مَلَك نِصْفَ عَبْدٍ وهو مُوسِرٌ ، فأَعْتَق نَصِيبَه ، ونَوَى عِتْقَ الجميعِ عن كفَّارَتِه ، لم يُجْزِئْه ، فى قَوْلِ الخَلَّالِ وصاحِبِه . وحكَاه صاحِبُه عن أحمدَ ؛ لأنَّ عِتْقَ النَّصِيبِ الذى لشَريكِه اسْتُحِقَّ بالسِّرايَةِ ، فلم يُجْزِئْه ، كما لو اشْتَرَى قَرِيبَه يَنْوِى به التَّكْفِيرَ . وقالَ غيرُهما : يُجْزِئُ ؛ لأنَّ حُكْمَ السِّرايَةِ حُكْمُ المُباشَرَةِ ، بدَليلِ أنَّه لو جَرَحه فسَرَى إلى نفسِه ، كان كمُباشَرَةِ قَتْلِه . وإن كان مُعْسِرًا عَتَق نَصِيبُه ، فإن مَلَك نِصْفَه[٥] الآخَرَ ، فأَعْتَقه عن الكفَّارَةِ ، أجْزَأه ؛ لأنَّه أعْتَق جميعَه فى وَقْتَيْنِ ، فأَجْزَأ ، كما لو أطْعَم المساكِينَ فى وَقْتَيْن .

---

(١) فى م : « يقتض » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « كذلك » .

(٥) فى الأصل : « نصيبه » .

وإن أعْتَق نِصْفَ عَبْدَيْن ، فقال الخِرَقِىُّ : يُجْزِئُ ؛ لأنَّ أبْعاضَ الجملةِ كالجملةِ[1] فى الزَّكاةِ والفِطْرَةِ ، كذلك فى الكفَّارَةِ . وقالَ أبو بَكْرٍ : لا يُجْزِئُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ تكْمِيلُ الأحْكامِ ، ولا يَحْصُلُ بإعْتاقِ نِصْفَيْنِ . فعلى قَوْلِه ، إذا أعْتَق المُوسِرُ نِصْفَ عَبْدٍ ، عَتَق جميعُه ، ولا يُجْزِئُه إعْتاقُ نِصْفِ آخَرَ .

فإن أعْتَق عبدَه عن كفَّارَةِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، لم يُجْزِئْه ؛ لأنَّها عِبادَةٌ ، فلم تَجْزُ عن غيرِه بغيرِ أمْرِه مع كونِه مِن أهْلِ الأمْرِ ، كالحَجِّ ، إلَّا أن يكونَ مَيِّتًا ، فيُجْزِئَ عنه ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ إلى إذْنِه ، فصَحَّ مِن [2]غيرِ إذْنِه[2] ، كالحَجِّ عنه . وإن أعْتَقه عن كفَّارَةِ حَىٍّ بأمْرِه ، صَحَّ ، وأجْزَأ عن الكفَّارَةِ إذا نَوَاها ؛ لأنَّه أعْتَق عنه بأمْرِه ، فأجْزَأه ، كما لو ضَمِن له عِوَضًا . وعنه ، لا يُجْزِئُ ، إلَّا أن يَضْمَنَ له عِوَضًا ؛ لأنَّ العِتْقَ بغيرِ عِوَضٍ كالهِبَةِ ، ومِن شَرْطِها القَبْضُ ، ولم يَحْصُلْ .

فصلٌ فى الصِّيامِ : ومَن لم يَجِدْ رَقَبَةً ، وقَدَر على الصِّيامِ ، لَزِمه صِيامُ شَهْرَيْن مُتَتابِعَيْن ، فإن شَرَع فى أوَّلِ شهرٍ ، أجْزَأه صِيامُ شَهْرَيْنِ بالأَهِلَّةِ ، تامَّيْن كانا أو ناقِصَيْن ، وإن دَخَل فى أثْناءِ شَهْرٍ ، صام شَهْرًا بالهِلَالِ ، وأتَمَّ الشهرَ الذى دَخَل فيه بالعَدَدِ ثلاثِينَ يومًا ؛ لِما ذكَرْنا فيما تقدَّمَ .

فإن أفْطَر يومًا لغيرِ عُذْرٍ ، لَزِمه اسْتِئْنافُ الشَّهْرَيْن ؛ لأنَّه أمْكنَه التَّتابُعُ ،

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى ف : « غيره » .

فلَزِمه . وإن حاضَتِ المرأةُ أو نُفِسَتْ ، أو أفْطَرتْ لمرَضٍ مَخُوفٍ ، أو جُنُونٍ ، أو إغْماءٍ ، لم يَنْقَطِعِ[1] التَّتابُعُ ؛ لأنَّه لا صُنْعَ لها فى الفِطْرِ . وإن أفْطَر لسَفَرٍ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ ؛ لأنَّه عُذْرٌ[2] مُبِيحٌ للفِطْرِ ، أَشْبَهَ المرَضَ . ويتَخَرَّجُ فى السَّفَرِ والمرَضِ غيرِ المَخُوفِ أنَّه يَقْطَعُ التَّتابُعَ ؛ لأنَّه أفْطَر باخْتِيارِه ، فقَطَعَ التَّتابُعَ ، كالفِطْرِ لغيرِ عُذْرٍ .

وإن أفْطَرَتِ الحامِلُ أو[3] المُرْضِعُ خَوْفًا على أنْفُسِهما ، فهما كالمريضِ ، وإن أفْطَرَتا خَوْفًا على ولَدَيْهما ، احْتَمَل أن لا يَنْقَطِعَ التَّتابُعُ ؛ لأنَّه [٣٣١ظ] عُذْرٌ مُبِيحٌ للفِطْرِ ، أَشْبَهَ المرَضَ . واحْتَمَل أن يَنْقَطِعَ ؛ لأَنَّ الخوفَ على غيرِهما ، ولذلك أوْجَب الكفَّارَةَ مع قَضاءِ رَمَضانَ .

ومَن أكل يَظُنُّ أنَّ الفَجْرَ لم يَطْلُعْ ، وقد طَلَع ، أو يَظُنُّ أنَّ الشمسَ[4] غابَتْ ، ولم تَغِبْ ، أفْطَر . وفى قَطْعِ التَّتابُعِ وَجْهان ؛ بناءً على ما تقدَّمَ .

وإن نَسِيَ التَّتابُعَ أو تَرَكه جهْلًا[5] بوُجُوبِه ، انْقَطَع ؛ لأنَّه تَتابُعٌ واجِبٌ ، فانْقَطع بتَرْكِه جَهْلًا و[6] نِسْيانًا ، كالمُوالَاةِ فى الطَّهارَةِ .

وإن أفْطَر يومَ فِطْرٍ أو أَضْحَى ، أو أَيَّامَ التَّشْرِيقِ ، لم يَنْقَطِعْ به التَّتابُعُ ؛

---

(١) فى الأصل : « يقطع » .
(٢) بعده فى الأصل : « غير » .
(٣) فى س٣، م : « و » .
(٤) بعده فى الأصل ، م : « قد » .
(٥) فى م : « جاهلا » .
(٦) فى ف : « أو » .

لأنَّه فِطْرٌ واجِبٌ ، أشْبَهَ الفِطْرَ للحَيْضِ ، ويُكَمِّلُ الشهرَ الذى أفْطَر فيه يومَ الفِطْرِ ثلاثِينَ يومًا ؛ لأنَّه بدَأ مِن أثْنائِه . وإن صام ذا الحَجَّةِ ، قَضَى أرْبَعَةَ أيَّامٍ[1] حَسْبُ ، بقَدْرِ ما أفْطَر ؛ لأنَّه بدَأ مِن أوَّلِه . وإنِ انْقَطَع[2] صَوْمُ الكفَّارَةِ بصَوْمِ رَمَضانَ ، لم يَنْقَطِعِ التَّتابُعُ ؛ لأنَّه زَمَنٌ[3] مَنَعه الشَّرْعُ صَوْمَه فى الكفَّارَةِ ، أشْبَهَ زَمَنَ[3] الحَيْضِ . وإن صام فى أثْناءِ الشَّهْرَيْن عن نَذْرٍ ، أو قَضاءٍ ، أو تَطَوُّعًا ، انْقَطَع التَّتابُعُ ؛ لأنَّه قطَع صومَ الكفَّارَةِ اخْتِيارًا لسَبَبٍ مِن جِهَتِه ، فأشْبَه ما لو أفْطَر لغيرِ عُذْرٍ . وإن كان عليه نَذْرٌ فى[4] كلِّ يومِ خَميسٍ ، قَدَّم صومَ الكفَّارَةِ عليه ، وقَضاه بعدَها ، وكَفَّر ؛ لأنَّه لو صامَه لم يُمْكِنْه التَّكْفِيرُ بحالٍ .

فصل : وإن وَطِئَ التى ظاهَرَ منها فى لَيالِى الصومِ ، لَزِمه الاسْتِئْنافُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالَى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ﴾[5] . أمَر بهما خالِيَيْن عن[6] التَّماسِّ ، ولم يُوجَدْ . وعنه ، لا يَنْقَطِعُ التَّتابُعُ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا يُفْطِرُ به ، فلم يَقْطَعِ التَّتابُعَ ، كوَطْءِ غيرِها . وإن وَطِئَ غيرَها ليلًا ، لم يَنْقَطِعِ[7] التَّتابُعُ ؛ لأنَّه غيرُ مَمْنُوعٍ منه . وإن وَطِئَها نَهارًا ناسِيًا ، أفْطَر ،

---

(١) بعده فى م : « و » .

(٢) فى س ٣ ، م : « قطع » .

(٣) فى الأصل : « زمان » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سورة المجادلة ٤ .

(٦) فى ف : « من » .

(٧) فى الأصل ، س ٣ ، م : « يقطع » .

وانْقَطَع التَّتابُعُ . وعنه ، لا يُفْطِرُ ولا يَنْقَطِعُ[1] التَّتابُعُ به .

فصلٌ في الإطْعامِ : ومَن لم يَسْتَطِعِ الصَّوْمَ لكِبَرٍ ، أو مَرَضٍ غيرِ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، أو شَبَقٍ شديدٍ ، أو نحوِه ، لَزِمه إطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ؛ لأَنَّ سَلَمَةَ ابنَ صَخْرٍ لمَّا أخْبَرَ النبيَّ ﷺ بشِدَّةِ شَبَقِه ، أمَرَه بالإطْعامِ[2] . وأَمَرَ أَوْسَ بنَ الصَّامِتِ بالإطْعامِ حينَ قالتِ امرأتُه : إنَّه شَيْخٌ كبيرٌ ما به مِن صِيَامٍ[3] . فإن قَدَر على طَعامِ[4] سِتِّينَ مِسْكينًا ، لم يُجْزِئْه أقَلُّ منهم . وعنه ، يُجْزِئُه تَرْدِيدُ الإطْعامِ[5] على واحدٍ سِتِّينَ يَوْمًا ؛ لأَنَّه في مَعْنَى إطْعامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ؛ لكونِه قد دَفَع[6] كلَّ يومٍ حاجَةَ مِسْكِينٍ . وعنه ، لا يُجْزِئُه إلَّا إطْعامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، سَواءٌ وجَدَهم أو لم يَجِدْهم ؛ [7]لظاهِرِ قَوْلِه[7] سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾[8] . والمَذْهَبُ أنَّ ذلك يُجْزِئُ مع تعَذُّرِ [9]المَساكِينِ ؛ للحاجَةِ[9] ، ولا يُجْزِئُ مع وُجُودِهم ؛ لأنَّه أمْكَن امْتِثالُ الأمْرِ بصُورَتِه ومَعْناه .

فصل : والواجِبُ أن يَدْفَعَ إلى كلِّ مِسْكِينٍ مُدَّ بُرٍّ ، أو نِصْفَ صَاعٍ مِن

---

(١) في الأصل : « يقطع » .

(٢) تقدم تخريجه في ٢/ ١٩٤.

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥٩.

(٤) زيادة من : ف .

(٥) في الأصل : « الطعام » .

(٦) بعده في م : « في » .

(٧ - ٧) في ف : « لقوله تعالى » .

(٨) سورة المجادلة ٤.

(٩ - ٩) في الأصل : « الحاجة للمساكين » .

تَمْرٍ أو شَعِيرٍ ؛ لِما روَى الإمامُ أحمدُ[1] ، بإسْنادِه ، (2)عَن أبى يَزِيدَ المَدَنِىِّ(2) قال : جاءَتِ امرأةٌ مِن بَنِى بَيَاضَةَ بنِصْفِ وَسْقِ شَعِيرٍ ، فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ للمُظاهِرِ : « أَطْعِمْ هَذَا ، فَإِنَّ مُدَّىْ[3] شَعِيرٍ مَكَانُ مُدِّ بُرٍّ » . وهذا نَصٌّ . ولأنَّها كفَّارَةٌ تَشْتَمِلُ على صِيامٍ و[4] إطْعامٍ ، فكان منها لكلِّ فَقِيرٍ مِن التَّمْرِ [٣٣٢و] نِصْفُ صاعٍ ، كفِدْيَةِ الأذَى . وأمَّا المُدُّ مِن البُرِّ ، فيُجْزِئُ ؛ لأنَّه قَوْلُ زَيْدٍ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وابنِ عُمَرَ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم . ويَجِبُ أن يُمَلِّكَ كُلَّ فَقِيرٍ هذا القَدْرَ ، فإن دَفَعه إليهم مُشَاعًا ، فقالَ : هذا بَيْنَكم (5)عن كَفَّارَتى(5) بالسَّوِيَّةِ . فقَبِلُوه ، أجْزَأه ؛ لأنَّه دَفَع إليهم حقَّهم ، فبَرِئَ منه ، كالدَّيْنِ . وقال ابنُ حامِدٍ : يُجْزِئُه وإن لم يَقُلْ : بالسَّوِيَّةِ . لأنَّ قَوْلَه : عن كفَّارَتِى . يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ .

وإن غَدَّاهم أو عَشَّاهم سِتِّينَ مُدًّا ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يُجْزِئُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وهذا قد أطْعَمهم ، ولأنَّ

---

(١) انظر إسناده ، فى : المغنى ٤/ ٣٨٣، والشرح الكبير ٧/ ٤٧١، ٤٧٢. ولم نجده فى المسند . وانظر إرواء الغليل ٧/ ١٨١.

والحديث أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٣٩٢، ٣٩٣. وعزاه السيوطى بنحوه إلى عبد بن حميد . الدر المنثور ٦/ ١٨١. وانظر التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٤٧.

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) بعده فى الأصل : « من » .

(٤) فى الأصل : « أو » .

(٥ - ٥) زيادة من : ف .

أنَسًا ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، فعَلَ ذلك[1] . وظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّه لا يُجْزِئُه ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ وُصولَ حقٍّ كُلِّ فَقِيرٍ إليه ، ولأنَّه حقٌّ وَجَب[2] للفُقَراءِ شَرْعًا ، فوَجَب تَمْلِيكُهم إيَّاه ، كالزكاةِ .

ولا يَجِبُ التَّتابُعُ فى الإطْعامِ ؛ لأنَّ الأمْرَ به مُطْلَقٌ لا تَقْيِيدَ فيه .

فصل : ويُجْزِئُه فى الإطْعامِ ما يُجْزِئُه فى الفِطْرَةِ ، سَواءٌ كانت قُوتَ بَلَدِه أو لم تكنْ . وإن أخْرَجَ غيرَها مِن الحُبُوبِ التى هى قُوتُ بَلَدِه ، أجْزَأه . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾[3] . فإن أخْرَجَ غيرَ[4] قُوتِ بلَدِه خَيْرًا منه ، جاز ؛ لأنَّه زاد على الواجِبِ ، وإن كان أنْقَصَ منه ، لم يُجْزِئْ . وقال القاضى : لا يُجْزِئُ إخْراجُ غيرِ ما يُجْزِئُ فى الفِطْرَةِ ؛ لأنَّه طَعامٌ للمَساكِينِ ، فأشْبَهَ الفِطْرَةَ . والأوَّلُ أجْوَدُ ؛ لمُوافَقَتِه ظاهِرَ النَّصِّ .

ويجوزُ إخْراجُ الدَّقِيقِ إذا بَلَغ قَدْرَ مُدٍّ مِن الحِنْطَةِ . وفى الخُبْزِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يُجْزِئُه ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . ومُخْرِجُ الخُبْزِ قد أطْعَمَهم . والأُخْرَى ، لا يُجْزِئُه ؛ لأنَّه قد خَرَج عن حالِ الكَمالِ والادِّخارِ ، فأشْبَهَ الهَرِيسَةَ . فإذا قُلْنا : يُجْزِئُه . اعْتُبِر

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٤/ ٢٢٠. والطبرانى ، فى : المعجم الكبير ١/ ٢١٤. والدارقطنى ، فى : سننه ٢/ ٢٠٧. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٤/ ٢٧١.

(٢) فى ف : « واجب » .

(٣) سورة المائدة ٨٩.

(٤) فى ف : « من » .

أن يكونَ مِن مُدٍّ بُرٍّ فصاعِدًا ، فإن أخَذ مُدَّ حِنْطَةٍ فطَحَنَه وخَبَزه ، أجْزَأه . وقال الخِرَقِيُّ : لكلِّ مِسكِينٍ رَطْلَا خُبْزٍ ؛ لأنَّ الغالِبَ أنَّهما لا يكونان إلَّا مِن مُدٍّ فأَكْثَرَ . وفى السَّويقِ وَجْهان ؛ بِناءً على الرِّوايَتَيْنِ فى الخُبْزِ .

ولا تُجزِئُ الهَرِيسَةُ والكَبُولَا[1] ؛ لأنَّه خَرَج عن الاقْتِيَاتِ المُعْتادِ ، ولا القِيمَةُ ؛ لأنَّه أحدُ[2] ما يُكَفَّرُ به ، فلم تُجْزِئِ القِيمَةُ فيه ، كالعِتْقِ .

فصل : ولا يجوزُ[3] صَرْفُها إلَّا إلى الفُقَراءِ أو[4] المَساكِينِ ؛ لأنَّهما صِنْفٌ واحدٌ فى غيرِ الزَّكاةِ . ولا يجوزُ دَفْعُها إلى غَنِيٍّ وإن كان مِن أصْنافِ الزَّكاةِ ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالَى خَصَّ بها المَساكِينَ ، ولا إلى مُكاتَبٍ ؛ لذلك[5] . وقالَ الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : يجوزُ دَفْعُها إليه ؛ لأنَّه يأْخُذُ مِن الزَّكاةِ لحاجَتِه ، فأَشْبَهَ المِسْكِينَ . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالى خَصَّ بها المَساكِينَ ، والمُكاتَبُ صِنْفٌ آخَرُ ، فأَشْبَهَ المُؤَلَّفَةَ قُلُوبُهم[6] .

ولا يجوزُ دَفْعُها إلى مَن لا يجوزُ دَفْعُ الزَّكاةِ إليه ؛ كالعَبْدِ ، والكافِرِ ، ومَن تَلْزَمُه مُؤْنَتُه ؛ لِما ذكَرْنا فى الزَّكاةِ . وخَرَّج أبو الخَطَّابِ وَجْهًا آخَرَ فى جَوازِ الدَّفْعِ إلى الكافِرِ ؛ بِناءً على عِتْقِه . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه كافِرٌ ، فلم يَجْزِ الدَّفْعُ إليه ، كالمُسْتَأْمِنِ .

---

(١) الكبولا : العصيدة .

(٢) فى ف : « أخذ » .

(٣) فى ف : « يجزئ » .

(٤) فى م : « و » .

(٥) فى م : « كذلك » .

(٦) زيادة من : ف .

فصل : ولا تُجْزِئُ كفَّارَةٌ إلَّا بالنيةِ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الأَعْمالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لامرئٍ[1] مَا نَوَى »[2] . ولأنَّه حقٌّ يَجِبُ على سَبِيلِ الطُّهْرَةِ ، فافْتَقَر إلى النِّيَّةِ ، كالزَّكاةِ . فإن كانت عليه كفَّاراتٌ مِن جِنْسٍ ، لم يَلْزَمْه تَعْيِينُ سَبَبِها ، فإن كانت [٣٣٢ظ] مِن أجْناسٍ ، فكذلك ؛ لأنَّها كفَّاراتٌ ، فلم يَجِبْ تَعْيِينُ سَبَبِها ، كما لو كانت مِن جِنْسٍ . وقالَ القاضِى : يَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه تَعْيِينُ سَبَبِها ؛ لأَنَّها عِباداتٌ مِن أجْناسٍ ، فوَجَب تَعْيِينُ النِّيَّةِ لها ، كأَنْواعِ الصِّيامِ . فلو كانت عليه كفَّارَةٌ لا يَعْلَمُ سببَها ، فأَعْتَقَ رَقَبَةً ، أجْزَأه على الوَجْهِ الأوَّلِ . وعلى الوَجْهِ الثانِى ، يَنْبَغِى أن تَلْزَمَه كفَّاراتٌ بعَدَدِ الأسْبابِ ، كما لو نَسِىَ صَلاةً مِن يومٍ لا يَعْلَمُ عَيْنَها .

ولا يَلْزَمُه نِيَّةُ التَّتابُعِ فى الصِّيامِ[3] ؛ لأنَّ العِبادَةَ هى الصَّوْمُ ، والتَّتابُعُ شَرْطٌ فيه ، فلم تَجِبْ نِيَّتُه[4] ، كالاسْتِقْبالِ[5] فى الصَّلاةِ .

فصل : وإن كان المُظاهِرُ كافِرًا ، كَفَّر بالعِتْقِ والإِطْعامِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ منه فى غيرِ الكفَّارَةِ ، فصَحَّ منه فيها . ولا يُكَفِّرُ بالصَّوْمِ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ منه فى غيرِها ، فكذلك فيها ، وإن أسْلَم قبلَ التَّكْفِيرِ ، كَفَّر بما يُكَفِّرُ به المسلمون .

---

(١) فى ف ، م : « لكل امرئ » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١/ ٥١.

(٣) فى الأصل : « الصلاة » ، وفى ف : « الصوم » .

(٤) فى ف : « نية » .

(٥) فى ف : « كاستقبال القبلة » .

فصل: ولا يجوزُ تَقْدِيمُ الكفَّارَةِ على سببِها؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يجوزُ تقْدِيمُه على سَبَبِه، كتَقْدِيمِ الزَّكاةِ قبلَ المِلْكِ، ولو كَفَّر عن الظِّهارِ قبلَ المُظاهَرَةِ، أو عن اليَمِينِ قبلَها، أو عن القَتْلِ قبلَ الجرحِ، لم يَجْزْ؛ لذلك[1]. وإن كفَّر بعدَ السَّبَبِ وقبلَ الشرطِ، جازَ، فإذا كَفَّر عن الظِّهارِ بعدَه وقبلَ العَوْدِ، و[2] عن اليَمِينِ بعدَها وقبلَ الحِنْثِ، وعن القَتْلِ بعدَ الجَرْحِ[3] وقبلَ الزُّهُوقِ، جازَ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالَى قالَ: ﴿ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ﴾. وقالَ النبيُّ ﷺ: «إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ، وائْتِ الَّذِى هُوَ خَيْرٌ[4]».

---

(١) فى م: «كذلك».

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى الأصل: «الخروج».

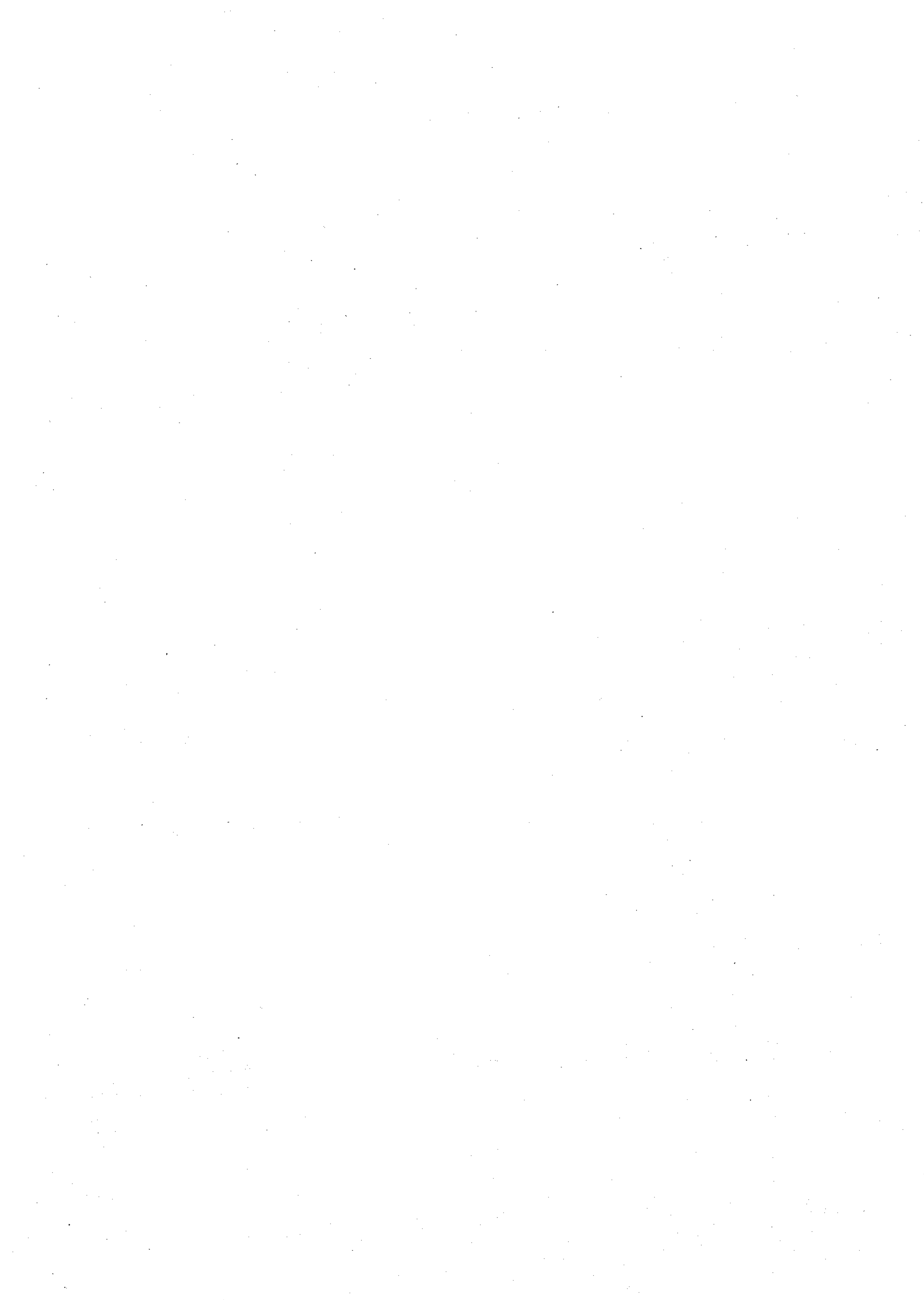
(٤) بعده فى الأصل: «منها».

والحديث أخرجه البخارى، فى: باب قول اللَّه تعالى: ﴿لا يؤاخذكم اللَّه باللغو فى أيمانكم ...﴾، من كتاب الأيمان والنذور، وفى: باب من لم يسأل الإمارة أعانه اللَّه، من كتاب الأحكام. صحيح البخارى ٨/ ١٥٩، ٩/ ٧٩. ومسلم، فى: باب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها ...، من كتاب الأيمان. صحيح مسلم ٣/ ١٢٧٣، ١٢٧٤. والنسائى، فى: باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها، وباب الكفارة قبل الحنث، من كتاب الأيمان والنذور. المجتبى ٧/ ١٠ . والدارمى، فى: باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها، من كتاب الأيمان والنذور. سنن الدارمى ٢/ ١٨٦. والإمام أحمد، فى: المسند ٥/ ٦٣.

وبلفظ: «فائت الذى هو خير، وكفر عن يمينك». أخرجه البخارى، فى: باب الكفارة قبل الحنث وبعده، من كتاب كفارات الأيمان، وفى: باب من سأل الإمارة وكل إليها، من كتاب الأحكام. صحيح البخارى ٨/ ١٨٣، ١٨٤، ٩/ ٧٩. وأبو داود، فى: باب الرجل يكفر قبل أن يحنث، من كتاب الأيمان والنذور. سنن أبى داود ٢/ ٢٠٥. والترمذى، فى: باب ما جاء فى من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها، وباب ما جاء فى الكفارة قبل الحنث، من =

ولأنَّها كفَّارَةٌ ، فجازَ تقْدِيمُها على شَرْطِها ، ككَفَّارَةِ الظِّهارِ ، ولأنَّه حقٌّ مالِيٌّ ، فجاز تقْدِيمُه قبلَ شَرْطِه ، كالزَّكاةِ .

= أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٧/ ١٠، ١١. والنسائى ، فى باب الكفارة بعد الحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٧/ ١٢. والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ٦١. كلهم من حديث عبد الرحمن بن سمرة .



كِتابُ اللِّعَانِ

ومتى قَذَفَ الرَّجُلُ زَوْجَته المُحْصَنةَ بزِنًى ، فى قُبُلٍ أو دُبُرٍ ، فقال : زَنَيْتِ . أو : يا زانِيَةُ . أو : رَأَيْتُكِ تَزْنِينَ . لَزِمه الحَدُّ ، إلَّا أن يَأْتِىَ ببَيِّنَةٍ أو يُلاعِنَها ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾ . إلى قولِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ﴾[1] . دَلَّتِ الآيَةُ الأُولَى على وُجُوبِ الحَدِّ ، إلَّا أن يُسْقِطَه بأَرْبَعَةِ شُهَداءَ ، والآيةُ[2] الثانيةُ على أنَّ لِعَانَه يقومُ مَقامَ الشُّهَداءِ فى إسْقاطِ الحَدِّ . ورَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، أنَّ هِلَالَ بنَ أُمَيَّةَ قذَفَ امْرَأَتَه ، فقالَ النبىُّ ﷺ : « البَيِّنَةُ ، [3]وإلَّا[3] حَدٌّ فِى ظَهْرِكَ » . فقالَ هِلَالٌ : والذى بعَثَكَ بالحَقِّ ، إنِّى لَصادِقٌ ، ولَيُنْزِلَنَّ اللَّهُ فى أمْرِى ما يُبَرِّئُ ظَهْرِى مِن الحَدِّ . فنزَلَتْ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾ . رَواه البُخارِىُّ[4] . ولأنَّ الزَّوْجَ يُبْتَلَى

---

(١) سورة النور ٤ - ٦.

(٢) زيادة من : ف .

(٣ - ٣) فى ف : « أو » .

(٤) فى : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ﴿ ويدرأ عنها العذاب ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٣/ ٢٣٢، ٦/ ١٢٦.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٢، ٥٢٣. والترمذى ، فى : باب ومن سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢/ ٤٥، ٤٦. وابن ماجه ، فى : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٨.

بِقَذْفِ امرأتِه لنَفْيِ[(١)] العارِ والنَّسَبِ الفاسِدِ ، وتَعذَّرُ عليه البَيِّنَةُ ، ولأنَّه قد يحْتاجُ إلى نَفْيِ [٣٣٣و] النَّسَبِ الفاسِدِ ، ولا يَنْتَفِى إلَّا باللِّعَانِ ؛ لتَعذُّرِ الشَّهادَةِ على نَفْيِه . وله المُلاعَنَةُ وإن قَدَر على البَيِّنَةِ ؛ لذلك[(٢)] ، ولأنَّهما حُجَّتَانِ ، فمَلك إقامَةَ أيِّهما شاءَ ، كالرَّجُلَيْن ، والرَّجُلِ والمرأتَيْن فى المالِ .

فصل : ولا يُعْرَضُ له حتى تُطالِبَه زَوْجَتُه ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، فلا يُسْتَوْفَى مِن غيرِ طَلَبِها ، كالدَّيْنِ ، فإن عَفَتْ عن الحدِّ ، أو[(٣)] لم تُطالِبْ ، لم تَجُزْ مُطالَبَتُه ببيِّنَةٍ ولا حَدٌّ ولا لِعَانٍ . ولا يَمْلِكُ وَلِيُّ المجْنُونَةِ والصغيرةِ ، وسَيِّدُ الأمَةِ ، المُطالَبَةَ بالتَّعْزيرِ مِن أجْلِهِنَّ ؛ لأنَّه حقٌّ ثَبَت للتَّشَفِّى ، فلا يقومُ غيرُ المُسْتَحِقِّ مَقامَه فيه ، كالقِصَاصِ . فإن أرادَ الزوجُ اللِّعانَ مِن غيرِ طَلَبِها ، وليس بَيْنَهما نَسَبٌ[(٤)] يُرِيدُ نَفْيَه ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه لا حاجَةَ إليه ، وإن كان بَيْنَهما نَسَبٌ يريدُ نَفْيَه ، فله أن يُلاعِنَ ؛ لأنَّه مُحْتاجٌ إليه، فيُشْرَعُ ، كما لو طالَبَتْه ، ولأنَّ نَفْيَه حقٌّ له ، فلا يَسْقُطُ بِرضَاها به . ويَحْتَمِلُ أن لا يُشْرَعَ اللِّعانُ ، كما لو صدَّقَتْه .

فصل : ويَصِحُّ اللِّعانُ بينَ كلِّ زَوْجَيْن مُكَلَّفَيْن ؛ لعُمومِ قولِه سبحانه وتعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ ﴾[(٥)] . ولأنَّ اللِّعانَ لدَرْءِ عُقُوبةِ القَذْفِ

---

(١) فى ف : « لينفى » .

(٢) فى م : « كذلك » .

(٣) فى ف : « و » .

(٤) فى م : « ولد » .

(٥) سورة النور ٦ .

ونَفْيِ النَّسَبِ الباطِلِ . والكافِرُ والعبدُ كالمسلمِ الحُرِّ[1] فيه . وعنه ، لا يَصِحُّ اللِّعانُ إلَّا بينَ مُسْلِمَيْن ، عَدْلَيْن ، حُرَّيْنِ ، غيرِ مَحْدُودَيْنِ فى قَذْفٍ ؛ لأَنَّ اللِّعانَ شَهادَةٌ ؛ بدَليلِ قولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ ﴾ . فلا يُقْبَلُ ممَّن ليس مِن أهْلِ الشَّهادَةِ . وقال القاضِى : مَن لا يُحَدُّ بقَذْفِها ؛ كالذِّمِّيَّةِ ، والأَمَةِ ، والمَحْدُودَةِ فى الزِّنَى ، إن كان بينَهما وَلَدٌ يريدُ نَفْيَه ، فله اللِّعانُ[2] لنَفْيِه ؛ لأَنَّه يَحْتاجُ[3] إليه ، وإلَّا فلا لِعانَ بَيْنَهما ؛ لأَنَّ اللِّعانَ لإِسْقاطِ حَدٍّ ، أو[4] نَفْيِ نَسَبٍ ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ منهما .

وإن كان أحدُ الزَّوْجَيْن صَبِيًّا أو مَجْنُونًا ، فلا لِعَانَ بَيْنَهما ؛ لأَنَّ غيرَ المُكَلَّفِ لا حُكْمَ لقَوْلِه ، ونَفْىُ[5] الوَلَدِ إنَّما يحْصُلُ بتَمامِ اللِّعانِ ، ولا يَتِمُّ[6] مع عَدَمِ القَوْلِ منها[7] . وقال القاضى : له لِعانُ المَجْنُونَةِ ، إن كان ثَمَّ نَسَبٌ يريدُ نَفْيَه ؛ لأَنَّه مُحتاجٌ[8] إليه .

فإن كان أحدُهما أَخْرَسَ ، وليست له إشارَةٌ مَفْهُومَةٌ ولا كِتابَةٌ ، فهو

---

(١) فى الأصل : « للخبر » .
(٢) فى ف : « أن يلاعن » .
(٣) فى ف ، م : « محتاج » .
(٤) فى الأصل : « و » .
(٥) بعده فى م : « حكم » .
(٦) بعده فى م : « اللعان » .
(٧) فى ف : « منهما » .
(٨) فى ف : « يحتاج » .

كالمجْنُونِ ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ طَلَبُها ، ولا يُتَصَوَّرُ لِعانُهما . وإن كانت له إشارَةٌ مفْهُومَةٌ أو كِتابةٌ[1] ، صحَّ اللِّعانُ منهما ؛ لأنَّه كالناطِقِ فى نِكاحِه وطَلاقِه ، فكذلك فى لِعانِه . وعن أحمدَ : إذا كانَتِ المرأةُ خَرْسَاءَ ، فلا لِعانَ بَيْنَهما ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ طَلَبُها . فيَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ على عُمومِه فى كُلِّ خَرْساءَ ؛ لأنَّ إشارَتَها لا تَخْلُو مِن تَرَدُّدٍ واحْتِمالٍ ، والحَدُّ يُدْرَأُ بالشُّبْهَةِ ، ويَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ بمَن لا تُفْهَمُ إشارَتُها ؛ لأنَّه علَّلَ بأنَّه لا تُعْلَمُ[2] مُطالَبَتُها . وإنِ اعْتُقِلَ لِسانُ[3] الناطِقِ ، وأُيِسَ مِن نُطْقِه ، فهو كالأَخْرَسِ ، وإن رُجِىَ نُطْقُه ، لم يَصِحَّ لِعانُه ؛ لأنَّه غيرُ مَأْيُوسٍ مِن نُطْقِه ، فأَشْبَهَ الساكِتَ .

فصل : ويَصِحُّ اللِّعانُ بينَ الزَّوْجَيْن قبلَ الدُّخُولِ ؛ لعُمومِ قولِه سبحانه وتعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ ﴾[4] . وبعدَ الطلاقِ الرَّجْعِىِّ ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ[5] ، فتَدْخُلُ فى العُمومِ ، ولا يَصِحُّ مِن غيرِ الزَّوْجَيْن ؛ للآيَةِ[6] . فإن قَذَف مَن كانت زَوْجتَه - فبانَتْ منه - بزِنًى لم يُضِفْه إلى حالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فلا لِعانَ بَيْنَهما ؛ لأنَّه قَذَف أَجْنَبِيَّةً ، وإن أضافه إلى حالِ الزَّوْجِيَّةِ وبَيْنَهما وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، لَاعَن لنَفْيِه ؛ لأنَّه محتاجٌ إليه ، فصَحَّ [٣٣٣ظ] منه ، كحَالِ الزَّوْجِيةِ ، وإن لم يكنْ بَيْنَهما ولَدٌ ، حُدَّ ، ولم يُلاعِنْ ؛ لأنَّه لا حاجَةَ به[7]

---

(١) فى ف : « كناية » .

(٢) فى م : « تفهم » .

(٣) فى ف : « لسانها » .

(٤) سورة النور ٦.

(٥) فى م : « زوجته » .

(٦) فى ف : « للآيتين » .

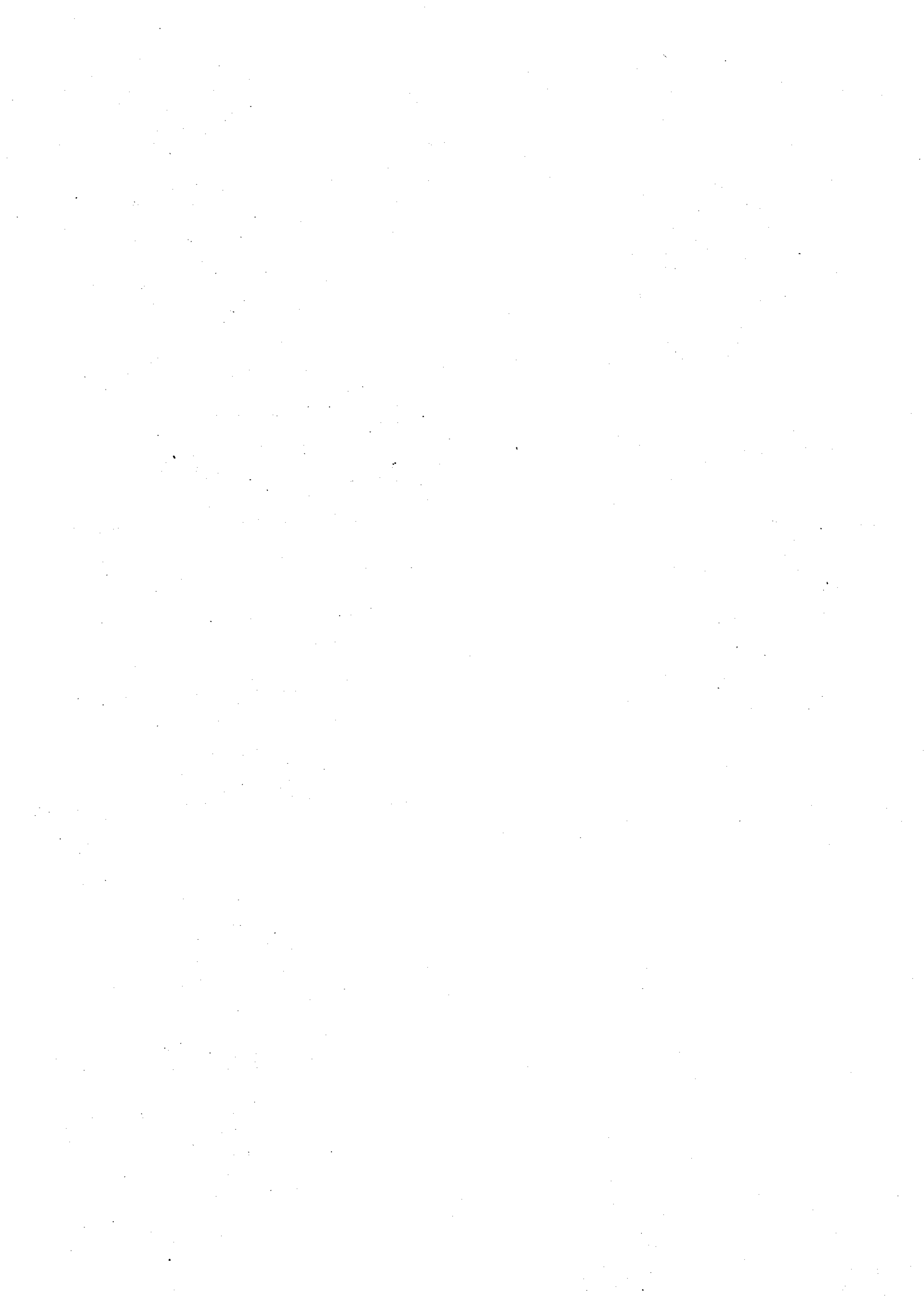
(٧) سقط من : الأصل .

إليه ، فأَشْبَهَ قَذْفَ الأَجْنَبِيَّةِ . ولو قال لامْرأَتِه : أنتِ طالقٌ ثلاثًا يا زانِيَةُ . فنَصَّ أحمدُ على أنَّه يُلاعِنُ . فنَحْمِلُه على مَن بَيْنَهما وَلَدٌ ؛ لأنَّه يتَعَيَّنُ إضافَةُ قَذْفِها إلى حالِ الزَّوْجِيَّةِ . ولو نَكَح امرأةً نِكاحًا فاسِدًا ، ثم قَذَفها ، فالحُكْمُ فيها كالمُطَلَّقَةِ ؛ إن كان بَيْنَهما وَلَدٌ ، لَاعَن لنَفْيِه ، وإلَّا فلَا ؛ لأنَّ النَّسَبَ يَلْحَقُ فى النِّكاحِ الفاسِدِ ، فيَحْتاجُ إلى اللِّعانِ لنَفْيِه .

وإن قَذَف أجْنَبِيَّةً ، ثم تزَوَّجَها ، حُدَّ ، ولم يُلَاعِنْ ؛ لأنَّه قَذَف أجْنَبِيَّةً قَذْفًا لا حاجَةَ به إليه ، وإن قَذَفها بزِنًى أضَافه إلى ما قبلَ النِّكاحِ ؛ فإن كان يتَعلَّقُ به نَفْيُ نَسَبٍ[1] عنه ، فله اللِّعانُ ، وإلَّا فلا . ونُقِل عن أحمدَ فى هذا رِوايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يُلاعِنُ ؛ لأنَّه قَذَفها فى حالِ كَوْنِها أجْنَبِيَّةً ، أَشْبَهَ ما لو قَذَفها قبلَ نِكاحِه لها . والثانيةُ ، يُشْرَعُ اللِّعانُ ؛ لأنَّه قَذَف زَوْجَتَه .

---

(١) فى ف : « نسبه » .



بابُ صِفَةِ اللّعانِ

وصِفَتُه أن يقولَ الرجلُ بمَحْضَرٍ مِن الحاكِم أو نائِبه (١أرْبَعَ مَرَّاتٍ١) : أَشْهَدُ باللَّهِ إنِّى لمِنَ الصَّادِقِين فيما رَمَيْتُ به (٢زَوْجَتى هذه٢) مِن الزِّنَى. ويُشِيرُ إليها إن كانت حاضِرَةً، وإن كانت غائبةً سَمَّاها، ونسَبَها حتى تَنْتَفِىَ المُشارَكَةُ. ثم يقولُ: وأنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَىَّ إن كنتُ مِن الكاذِبِين فيما رَمَيْتُ به زَوْجَتى[٣] هذه من الزِّنَى. ثم تقولُ المرأةُ أرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ أنَّ زَوْجِى هذَا لمِنَ الكَاذِبِينَ فيما رَمانِى به مِن الزِّنَى. وتُشِيرُ إليه، فإن كان غائبًا سَمَّتْه باسْمِه(٤)، ونَسَبَتْه. ثم تقولُ الخامسةَ(٤): وأنَّ غَضَبَ اللَّهِ عليها إن كان مِن الصَّادِقينَ فيما رَمانِى به مِن الزِّنَى. لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ الآيات[٥]. ورَوَى أبو داود[٦]، بإسْنادِهِ عنِ ابنِ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما، أَنَّ هِلَالَ

(١ - ١) سقط من: الأصل، س٣، وفى ف: «أربع».

(٢ - ٢) فى م: «امرأتى».

(٣) فى م: «امرأتى».

(٤) زيادة من: ف.

(٥) سقط من: م، وفى ف: «إلى آخر الآيات».

(٦) فى: باب اللعان، من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/ ٥٢٣، ٥٢٤.

كما أخرجه أبو داود الطيالسى، فى: مسنده ٣٤٨. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٧/ ٣٩٤، ٣٩٥.

ابنَ أُمَيَّةَ قذَفَ امْرَأتَه ، فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ : « أَرْسِلُوا إِلَيْهَا » . فأرْسَلُوا إليها فجاءَتْ ، فتَلَا عليهما[1] آيَةَ اللِّعانِ ، وذَكَّرَهما ، وأخْبَرَهما أنَّ عذابَ الآخِرَةِ أشَدُّ مِن عذابِ الدُّنْيا ، فقال هِلَالٌ : واللَّهِ لقد صَدَقْتُ عليها . فقالت : كَذَب . فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ : « لَاعِنُوا بَيْنَهما » . فقِيلَ لِهِلَالٍ : اشْهَدْ . فشَهِدَ أرْبَعَ شَهاداتٍ باللَّهِ إنَّه لمِن الصادِقِينَ ، فلمَّا كانَتِ الخامِسَةُ قيلَ : يا هِلَالُ ، اتَّقِ اللَّهَ ، فإنَّ عَذابَ الدُّنْيا أهْوَنُ مِن عَذابِ الآخِرَةِ ، وإنَّ هذه المُوجِبَةُ التى تُوجِبُ عليك العَذابَ . فقال : واللَّهِ لا يُعَذِّبُنِى اللَّهُ عليها ، كما لم يَجْلِدْنِى عليها . فشَهِدَ الخامِسَةَ أنَّ لعْنَةَ اللَّهِ عليه إن كان مِن الكَاذِبِينَ . ثم قيلَ لها : اشْهَدِى . فشَهِدَتْ أرْبَعَ شَهاداتٍ باللَّهِ إنَّه لمِن الكَاذِبِينَ . فلمَّا كانتِ الخامِسَةُ قيلَ لها : اتَّقِ اللَّهَ ، فإنَّ عَذابَ الدُّنْيا أهْوَنُ مِن عذابِ الآخِرَةِ ، وإنَّ هذه المُوجِبَةُ التى تُوجِبُ عليكِ العَذابَ . فتَلَكَّأَتْ ساعَةً ، ثم قالَتْ : واللَّهِ لا أَفْضَحُ قَوْمِى . فشَهِدَتِ الخامِسَةَ[2] ، أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عليها إن كان مِن الصَّادِقِينَ . [٣٣٤و] ففَرَّق رسولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهما ، وقَضَى أن لا بَيْتَ لها ، مِن أجْلِ أنَّهما يَفْتَرِقان[3] مِن غيرِ طلاقٍ ، ولا مُتَوَفًّى عنها .

فصل : وشُروطُ صِحَّةِ اللِّعانِ سِتَّةٌ ؛ أحدُها ، أن يكونَ بمَحْضَرٍ مِن الحاكِمِ أو نائِبِه ؛ لأنَّه يَمِينٌ فى دَعْوَى ، فاعْتُبِر فيه أمْرُ الحاكِمِ ، كسائرِ

---

(١) فى الأصل ، س ٣ : « عليهم » .

(٢) بعده فى م : « و » .

(٣) فى س ٣ ، م : « يتفرقان » .

الدَّعاوَى ، وإن كانتِ المرأةُ بَرْزَةً ، أَرْسَلَ إليها فأَحْضَرَها ، كما فَعَل النبيُّ ﷺ بامرأةِ هِلالٍ ، وإن لم تكنْ بَرْزَةً ، بَعَث مَن يُلاعِنُ بينَهما ، كما يَبْعَثُ مَن يَسْتَحْلِفُها فى سائرِ الدَّعاوَى .

الثانى ، أن يأْتِىَ به بعدَ إلقائِه عليه ، فإن بادَرَ به قبلَ ذلك ، لم يُعْتَدَّ به ، كما لو حَلَف قبلَ أن يَسْتَحْلِفَه الحاكِمُ .

الثالثُ ، كَمالُ لَفَظاتِه الخَمْسِ ، فإن نَقَص منها شيئًا[1] ، لم يُعْتَدَّ به ؛ لأنَّ اللَّهَ تعالى عَلَّق الحُكْمَ عليها ، فلا يَثْبُتُ بدُونِها ، ولأنَّها بَيِّنَةٌ ، فلم يَجُزِ النَّقْصُ مِن عدَدِها ، كالشَّهادَةِ .

الرابِعُ ، التَّرْتِيبُ على ما وَرَد به الشَّرْعُ ، فإن بُدِئَ[2] بلِعانِ المرأةِ ، لم يُعْتَدَّ به ؛ لأنَّه خِلافُ ما وَرَد به الشَّرْعُ ، ولأنَّ لِعانَ الرَّجُلِ بَيِّنَةٌ للإِثْباتِ[3] ، ولِعانُ المرأةِ بَيِّنَةٌ للإِنْكارِ[4] ، فلم يَجُزْ تَقْديمُ الإِنْكارِ على الإِثْباتِ ، فإن قَدَّم الرَّجُلُ اللَّعْنَةَ على شىءٍ مِن الأَلْفاظِ الأَرْبَعَةِ ، أو[5] المرأةُ[6] الغَضَبَ على شىءٍ منها ، لم يُعْتَدَّ بها ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالَى جَعَلها الخامِسَةَ ، فلا يجوزُ تَغْيِيرُه .

---

(١) فى الأصل : « شىء » .

(٢) فى ف ، م : « بدأ » .

(٣) فى الأصل : « الإثبات » .

(٤) فى الأصل : « الإنكار » .

(٥) فى ف : « و » .

(٦) بعده فى ف : « قدمت لفظة » .

الخامِسُ، الإتْيانُ بصُورَةِ الألْفاظِ الوارِدَةِ فى الشَّرْعِ، فإن أبْدَلَ[1] الشَّهادَةَ ببَعْضِ ألْفاظِ اليَمِينِ، كقَوْلِه: أُقْسِمُ. أو: أحْلِفُ. أو: أُولِى. أو أبدَلَ[2] لَفظَةَ اللَّعْنَةِ بالإبْعادِ، أو الغَضَبِ بالسَّخَطِ، [3]أو غيرِه[3]، لم يُعْتَدَّ به؛ لأنَّه تَرَكَ المَنْصُوصَ، ولأنَّه مَوْضِعٌ وَرَد الشَّرْعُ فيه بلَفْظِ الشَّهادَةِ، فلم يَجُزْ إبْدالُه، كالشَّهادَةِ فى الحُقُوقِ. وفيه وَجْهٌ آخَرُ، أنَّه يُجْزِئُ؛ لأن مَعْناهما واحِدٌ. وقال الخِرَقِىُّ: يقولُ الرجلُ: أَشْهَدُ باللَّهِ لقد زَنَتْ. وليس هذا لَفْظَ النَّصِّ، فيَدُلُّ ذلك على أنَّه لم يشْتَرِطِ اللَّفْظَ. وإن أبْدَلَتِ المرأةُ لَفْظَةَ الغَضَبِ باللَّعْنَةِ، لم يَجُزْ؛ لأنَّ الغَضَبَ أغْلَظُ، ولذلك خُصَّتْ به المرأةُ؛ لأنَّ المَعَرَّةَ والإثْمَ بزِناها أعْظَمُ مِن الحاصِلِ بالقَذْفِ. وإن أبْدَلَ الرجلُ اللَّعْنَةَ بالغَضَبِ، ففيه وَجْهان؛ أحدُهما، لا يجوزُ؛ لمُخالفَتِه المَنْصُوصَ. والثانى، يجوزُ؛ لأنَّه أبْلَغُ فى المَعْنَى.

السادِسُ، الإشارَةُ مِن كلِّ واحِدٍ منهما[4] إلى صاحِبِه، إن كان حاضِرًا، أو [5]تَسْمِيَتُه ونِسْبَتُه[5] بما يتَمَيَّزُ به إن كان غائبًا، ليَحْصُلَ التَّمْيِيزُ[6] عن غيرِه.

---

(١) فى ف: «بدل».

(٢) فى م: «بدل».

(٣ - ٣) سقط من: الأصل.

(٤) سقط من: س ٣، م.

(٥ - ٥) فى م: «تسمية نسبه».

(٦) فى الأصل، م: «التميز».

قال الوَزِيرُ يَحْيَى بنُ محمدِ بنِ هُبَيْرَةَ[1] : الفُقَهاءُ يَشْتَرِطُونَ أن يُزادَ : فيما رَمَيْتُها به مِن الزِّنَى . وفى نَفْيِها عن نفْسِها : فيما رَمَانِى به مِن الزِّنَى . ولا أُرَاه يُحْتَاجُ إليه ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالَى أَنْزَلَ ذلكَ وبَيَّنَه ، ولم يذْكُرْ هذا ، ولم يَأْتِ فى الخَبَرِ فى صِفَةِ اللِّعانِ عندَ رسولِ اللَّهِ ﷺ ، فاشْتِراطُه زِيادَةٌ[2] .

فصل : ويُشْتَرطُ فى اللِّعانِ العَرَبِيَّةُ لمَن يُحْسِنُها ، ولا يَصِحُّ بغيرِها ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَد به بالعَرَبِيَّةِ ، فلم يَصِحَّ بغيرِها ، كأَذْكارِ الصَّلاةِ . فإن لم يُحْسِنِ العرَبِيَّةَ ، جاز بلِسانِه ؛ لأنَّه يحْتاجُ إليه ، فجازَ بلِسانِه ، كالنِّكاحِ . فإن عَرَف الحاكمُ لِسانَه ، أجزأ ، وإن لم يَعْرِفْ[3] لِسانَه ، أحْضَر عَدْلَيْن يُتَرْجِمانِ عنه ، [٣٣٤ظ] ولا يُقْبَلُ أقلُّ منهما ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الشَّهادَةِ عليه .

فصل : فإن كان بَيْنَهما وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَه ، لم يَنْتَفِ إلَّا بذِكْرِه فى اللِّعانِ ، فإن لم يَذْكُرْه ، أعادَ اللِّعانَ . هذا ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ ، واخْتيارُ[4] القاضِى . وقال أبو بكرٍ : لا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِه ، ويَنْتَفِى بزَوالِ الفِراشِ ؛ لأنَّ حدِيثَ سَهْلِ بنِ سَعْدٍ وصَفَ فيه اللِّعانَ ، ولم يَذْكُرْ فيه الوَلَدَ ، وقالَ فيه : ففَرَّقَ رسولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهما ، وقَضَى أن (5)لا يُدْعَى وَلَدُها لأبٍ(5) ،

---

(١) يحيى بن محمد بن هبيرة الشيبانى الحنبلى ، وزير المقتفى وابنه ، كان مجلسه معمورا بالعلماء والفقهاء ، وألَّف ، ومات شهيدا مسموما سنة ستين وخمسمائة . العبر ٤/ ١٧٢، ١٧٣، ذيل طبقات الحنابلة ١/٢٥١ - ٢٨٩.

(٢) انظر : الإفصاح ٢/ ١٦٧.

(٣) بعده فى ف : « الحاكم » .

(٤) فى م : « اختاره » .

(٥ - ٥) فى م : « يدعى لأمه » .

(1ولا تُرْمَى 1) ، ولا يُرْمَى ولَدُها . رَواه أبو داودَ[2] . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنهما ، قال : لَاعَنَ رَجُلٌ امرأتَه فى زَمَنِ رسولِ اللَّهِ ﷺ وانْتَفَى مِن ولَدِها ، ففَرَّقَ رسولُ اللَّهِ ﷺ بينهما ، وألْحَقَ الوَلَدَ بالمرأةِ . (3مُتَّفَقٌ عليه 3) . والزِّيادَةُ مِن الثِّقَةِ مقْبُولَةٌ ، ولأنَّ مَن سَقَط حقُّه باللِّعانِ[4] اشْتُرِط ذِكْرُه فيه ، كالزَّوْجَةِ . وتذْكُرُه المرأةُ فى لِعانِها ؛ لأنَّهما يتَحالَفانِ[5] عليه ، فاشْتُرِط ذِكْرُه فى تَحالُفِهما ، كالمُخْتَلِفَيْن فى الثَّمَنِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُشْتَرَطَ ذِكْرُها له[6] ؛ لأنَّها لا تَنْفِيه . والأَوَّلُ المَذْهَبُ . ولا بُدَّ مِن ذِكْرِه

(1 - 1) زيادة من : س ٣.

(2) تقدم تخريج هذا اللفظ فى صفحة ٥٨٣ من حديث ابن عباس ، ولم نجده من حديث سهل . وانظر لحديث سهل : صحيح البخارى ٧/ ٥٤، ٦٩. صحيح مسلم ٢/ ١١٢٩، ١١٣٠. سنن أبى داود ١/ ٥٢٠، ٥٢١. المجتبى ٦/ ١٣٩، ١٤٠. سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٧. سنن الدارمى ٢/ ١٥٠. الموطأ ٢/ ٥٦٦، ٥٦٧. المسند ٥/ ٣٣٦، ٣٣٧.

(3 - 3) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب يلحق الولد بالملاعنة ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب ميراث الملاعنة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٧/ ٨٢، ٨/ ١٩١. ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢/ ١١٣٢، ١١٣٣.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/ ١٨٨، ١٨٩. والنسائى ، فى : باب نفى الولد باللعان وإلحاقه بأمه ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٤٦. وابن ماجه ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٦٩. والدارمى ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥١. والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٦٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٧، ٦٤، ٧١، ١٢٦.

(4) فى م : « فى اللعان » .

(5) فى الأصل ، س ٣: « متحالفان » .

(6) سقط من : م .

فى كلِّ لَفْظَةٍ، فإذا قال: أشْهَدُ باللَّهِ أنِّى لمِن الصَّادِقِينَ فيما رَمَيْتُها به مِن الزِّنَى[1]. يقولُ[2]: وما هذا الوَلَدُ ولَدِى. وتقولُ هى: و[2] هذا الوَلَدُ وَلَدُه. فى كُلِّ لَفْظَةٍ. وذكَرَ القاضِى؛ أنَّه يُشْتَرطُ أن يقُولَ: هذا الوَلَدُ مِن زِنًى، وليس منِّى. لِئَلَّا يعْنِىَ بقَوْلِه: ليس منِّى. [3]خَلْقًا وخُلُقًا[3]. ولا يكْفِيه قولُه: هو مِن زِنًى. لأنَّه قد يَعْتَقِدُ الوَطْءَ فى النِّكاحِ الفاسِدِ زِنًى. والصحيحُ الأوَّلُ؛ لأنَّه نَفَى الوَلَدَ، فيَنْتَفِى عنه، كما لو قال ذلك.

فصل: ويُسَنُّ فى اللِّعانِ أرْبعَةُ أُمُورٍ؛ أحدُها، أن يتَلاعَنا قِيامًا؛ لأنَّ فى بعْضِ ألْفاظِ [4]حديثِ ابنِ عَبَّاسٍ[4]: فقام هِلالٌ، فشَهِدَ، ثم قامَتْ فشَهِدَتْ[5]. ولأنَّ فِعْلَه فى القِيامِ أبْلَغُ فى الرَّدْعِ.

الثانى، أن يكونَ بمَحْضَرٍ مِن جَماعَةٍ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ، وابنَ عَبَّاسٍ، وسَهْلَ بنَ سَعْدٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهم، حضَرُوه مع حَداثَةِ[6] أسْنانِهم فى عَهْدِ رسولِ اللَّهِ ﷺ، وإنَّما يَحْضُرُ الصِّبْيانُ تَبَعًا للرِّجَالِ، ولأنَّ اللِّعانَ بُنِىَ على التَّغْلِيظِ للرَّدْعِ والزَّجْرِ، وفِعْلُه فى الجماعَةِ أبْلَغُ فى ذلك.

---

(١) بعده فى ف: «ثم».
(٢) سقط من: الأصل.
(٣ - ٣) سقط من: الأصل.
(٤ - ٤) فى ف: «الحديث أن ابن عباس قال».
(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٧. وانظر صفحة ٥٨٣، ٥٨٤ .
(٦) بعده فى ف: «من».

والثالثُ ، أنْ يَعِظَهما الحاكِمُ بعدَ الرابعَةِ ، ويُخَوِّفَهما ، كما جاءَ عن النبيِّ ﷺ فى حديثِ ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما .

والرابعُ ، أن يضَعَ رجلٌ يدَه على فِى المُلاعِنِ بعدَ الرابِعَةِ ، يَمْنَعُه المُبادَرَةَ إلى الخامِسَةِ ، إلى أن يَعِظَه الحاكمُ ، ثم يُرْسِلَها ، وتَفْعَلُ امرأةٌ بالمُلاعِنَةِ بعدَ رابِعَتِها كذلك ؛ لِمَا روَى ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما ، فى خَبَرِ المُتَلاعِنَيْن ، قالَ :فشَهِدَ أرْبَعَ شَهاداتٍ باللَّهِ إنَّه لمِن الصَّادِقِين ، ثم أُمِرَ به فأُمْسِكَ على فِيهِ ، فوَعَظَه ، وقال : وَيْحَكَ ، كلُّ شىءٍ أهْوَنُ عليك مِن لَعْنَةِ اللَّهِ . ثم أرْسِلَ ، فقال : لَعْنَةُ اللَّهِ عليه إن كان مِن الكاذِبِينَ . ثم دَعَا بها فقَرَأَ عليها ، فشَهِدَتْ أرْبَعَ شَهاداتٍ باللَّهِ إنَّه لمِن الكاذِبِين ، ثم أُمِرَ بها فأُمْسِكَ على فِيهَا ، فوَعَظَها ، وقال (١)لها : وَيْحَكِ(١) ، كلُّ شىءٍ أهْوَنُ عليكِ مِن غَضَبِ اللَّهِ . أخْرَجه الجُوزْجانِىُّ(٢) .

فصل : ولا يُسَنُّ التَّغْلِيظ بزَمانٍ(٣) ولا مَكانٍ ؛ لأنَّه لم يَرِدْ به أثَرٌ ، ولا فعَلَه رسولُ اللَّهِ ﷺ ، وإنَّما دَلَّ الحديثُ على أنَّ لِعانَهما [٣٣٥و] كان فى صَدْرِ النَّهارِ ؛ لقولِه فى الحديثِ : فلم يُهِجْه(٤) حتى أصْبَحَ ، ثم غَدَا على(٥)

(١ - ١) فى ف ، س ٣، م : « ويلك » .

(٢) وأخرجه ابن أبى حاتم ، وساق إسناده ابن كثير ، فى : التفسير ٦/ ١٥. وقال الشيخ صالح بن عبد العزيز آل الشيخ : وإسناده صحيح . انظر التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٤٨، ١٤٩.

(٣) فى ف ، س ٣، م : « بزمن » .

(٤) أى لم يزعجه ولم ينفره .

(٥) فى ف : « إلى » .

رسولِ اللَّهِ ﷺ. وذكَرَ الحديثَ[1] . والغُدُوُّ إنَّما يكونُ[2] أوَّلَ النَّهارِ . وقالَ أبو الخَطَّابِ : يُسْتَحَبُّ التَّغْلِيظُ بهما ، فيَتلاعَنانِ بعدَ العَصْرِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ سبحانه وتعالَى : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ ﴾[3] . يعْنِى بعدَ[4] العَصْرِ . ويكونُ فى الأَماكِنِ الشَّرِيفَةِ ؛ عندَ المنابِرِ فى الجامعِ ، إلَّا[5] فى مَكَّةَ ، بينَ الرُّكْنِ والمَقامِ ، وفى المَسْجِدِ الأقْصَى عندَ الصَّخْرَةِ ؛ لأنَّه أبْلَغُ فى الرَّدْعِ والزَّجْرِ .

(١) تقدم تخريجه من حديث ابن عباس فى صفحة ٥٧٧.

(٢) بعده فى ف : « فى » .

(٣) سورة المائدة ١٠٦.

(٤) بعده فى ف : « صلاة » .

(٥) فى م : « وفى » .



بَابُ ما يُوجِبُه اللِّعانُ مِن الأحْكَامِ

وهى أرْبَعَةُ أحكامٍ ؛ أحدُها ، سُقُوطُ الحَدِّ و[1] التَّعْزِيرِ الذى أوْجَبه القَذْفُ ؛ لأنَّ هِلَالَ بنَ أُمَيَّةَ قال : واللَّهِ لا يُعَذِّبُنِى اللَّهُ عليها ، كما لم يَجْلِدْنِى عليها . ولأنَّ شَهادَتَه أُقِيمَتْ مُقامَ [2]بَيِّنَتِه ، وبَيِّنَتُه[2] مُسْقِطَةٌ للحَدِّ ، كذلك لِعانُه ، ويحْصُلُ هذا بمُجَرَّدِ لِعانِه ؛ لذلك[3] . وإن نَكَلَ عن اللِّعانِ ، أو عن تَمامِه ، فعليه الحَدُّ . فإن ضُرِب بعضَه ، ثم قال : أنا أُلاعِنُ . سُمِع ذلك منه ؛ لأنَّ ما أسْقَطَ جميعَ الحَدِّ ، أسْقَط بعضَه ، كالبَيِّنَةِ . ولو نَكَلَتِ المرأةُ عنِ المُلاعَنَةِ ، ثم بذَلَتْها ، سُمِعَتْ منها كالرَّجُلِ .

وإن قَذَف زَوْجَتَه[4] برجلٍ سَمَّاه ، سَقَط حُكْمُ قَذْفِه بلِعانِه وإن لم يذْكُرْه فيه ؛ لأنَّ هِلَالَ بنَ أُمَيَّةَ قَذَف زوْجتَه[5] بشَرِيكِ بنِ سَحْمَاءَ ، ولم يذْكُرْه فى لِعانِه ، ولم يَحُدَّه النبىُّ ﷺ لشَرِيكٍ[6] ، ولا عَزَّرَه له . ولأنَّ اللِّعانَ بَيِّنَةٌ فى أحدِ الطَّرَفَيْن ، فكان بَيِّنَةً فى الآخَرِ ، كالشَّهادَةِ . وقالَ أبو

---

(١) فى س٣: «أو» .

(٢ - ٢) فى م : «بينة» .

(٣) فى م : «كذلك» .

(٤) فى م : «امرأته» .

(٥) فى ف : «امرأته» .

(٦) سقط من : م .

الخَطَّابِ : يُلاعِنُ لإسْقاطِ الحَدِّ لها وللمُسَمَّى .

فصل: الحُكْمُ الثانى ، نَفْيُ الوَلَدِ ، ويَنْتَفِى عنه بلِعانِه ، على ما ذكَرْناه ؛ (1) لِما ذَكَرْنا (1) مِن الحديثِ فيه ، ولأنَّه أحَدُ مَقْصُودَيِ اللِّعانِ ، فيَثْبُتُ به ، كإسْقاطِ الحَدِّ .

فصل: فإن نَفَى الحَمْلَ فى لِعانِه ، فقال الخِرَقِيُّ : لا يَنْتَفِى حتى يَنْفِيَه بعدَ وَضْعِها له ، ويُلاعِنَ ؛ لأنَّ الحَمْلَ غيرُ مُتيَقَّنٍ ، يَحْتَمِلُ أن يكونَ رِيحًا ، فيَصِيرَ اللِّعانُ مَشْرُوطًا بوُجُودِه ، ولا يجوزُ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ . وظاهِرُ كلامِ أبى بَكْرٍ صِحَّةُ نَفْيِه ؛ لظاهِرِ حديثِ هِلَالِ بنِ أُمَيَّةَ ، فإنَّه لاعَنَها قبلَ الوَضْعِ ، بدَليلِ أنَّ النبيَّ ﷺ قالَ : « انْظُرُوهَا ، فإنْ جَاءَتْ بِه كَذَا وكَذَا »[2] . ونَفَى عنه الوَلَدَ ، ولأنَّ الحَمْلَ تَثْبُتُ أحكامُه قبلَ الوَضْعِ ؛ مِن وُجوبِ النَّفَقَةِ ، والمَسْكَنِ ، ونَفْيِ طَلاقِ البِدْعَةِ ، ووُجوبِ الاعْتِدادِ به ، وغيرِ ذلك ، فكان كالمُتيَقَّنِ .

فصل: فإن وَلَدَتْ تَوْأَمَين ، فنَفَى أحدَهما واسْتَلْحق الآخَرَ ، لَحِقاه جميعًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ جعلُ أحَدِهما مِن رجلٍ والآخَرِ مِن غيرِه ، والنَّسَبُ يُحْتَاطُ لإثْباتِه لا لنَفْيِه . وإن نَفَى أحدَهما وتَرَك الآخَرَ ، ألْحَقْناهما به جميعًا ؛ لذلك[3] .

(1 - 1) سقط من : م.

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٧.

(3) فى م : « كذلك » .

فصل : وإن أَقَرَّ بالوَلَدِ ، أو هُنِّئ به فسَكَتَ ، أو أَمَّن على الدُّعاءِ ، أو دَعَا لِمَن هَنَّأَه به ، لَزِمه نسَبُه ، ولم يَمْلِكْ [٣٣٥ظ] نَفْيَه[(١)] ؛ لأنَّ هذا جَوابُ الرَّاضِى به ، وكذلك[(٢)] إن عَلِمَ به[(٣)] فسَكَت ، لَحِقَه ؛ لأنَّه[(٤)] خِيارٌ لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحقِّقٍ ، فكانَ على الفَوْرِ ، كخِيارِ الشُّفْعَةِ . وهل يتَقَدَّرُ بالمَجْلِسِ أو يكونُ عَقِيبَ الإمْكانِ ؟ على وَجْهَيْن ؛ بِناءً على خِيارِ الشُّفْعَةِ . وإن أخَّره لعُذْرٍ ؛ كأداءِ صَلاةٍ حَضَرَتْ ، أو أَكْلٍ لدَفْعِ الجُوعِ ، و[(٥)] أشْباهِ هذا مِن أَشْغالِه ، أو للجَهْلِ بأنَّ له نَفْيَه ، أو بوُجوبِ نَفْيِه على الفَوْرِ ، لم يَبْطُلْ خِيارُه ؛ لأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ بتَقْدِيمِ هذه الأُمُورِ ، والجاهِلُ مَعْذُورٌ ، وإنِ ادَّعَى الجَهْلَ بذلك ، قُبِل منه ؛ لأنَّ هذا مِمَّا يَخْفَى ، إلَّا أن يكونَ فَقِيهًا ، فلا يُقْبَلُ منه ؛ لأنَّ فى مَظِنَّةِ العِلْمِ . وإذا أخَّره لعُذْرٍ مُدَّةً يسِيرَةً ، لم يَحْتَجْ أن يُشْهِدَ على نَفْسِه ، وإن طالَت ، أشْهَد على نَفْسِه بنَفْيِه ، كالطَّلَبِ بالشُّفْعَةِ . وإن قال : لم أُصَدِّقِ المُخْبِرَ[(٦)] . وكان الخَبَرُ[(٧)] مُسْتَفِيضًا ، أو المُخْبِرُ [(٨)]مَشْهُورَ العدالَةِ[(٨)] ، لم يُقْبَلْ قولُه ، وإن لم يكنْ كذلك ، قُبِل . وإن أخَّر نَفْىَ

---

(١) بعده فى الأصل : « لذلك » .
(٢) فى الأصل : « لذلك » .
(٣) سقط من : م .
(٤) بعده فى الأصل : « لا » .
(٥) فى ف : « أو » .
(٦) فى ف : « الخبر » .
(٧) فى الأصل : « المخبر » .
(٨ - ٨) فى ف : « مشهورا بالعدالة » .

الحَمْلِ، لم يَسْقُطْ نَفْيُه؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَحَقٍّ، وإنِ اسْتَلْحَقَه[1]، [2]لم يلْحَقْه[2]؛ لذلك[3]، إلَّا على قَوْلِ أبى بَكْرٍ. وإنِ ادَّعَى أنَّه لم يَعْلَمْ بالوِلادَةِ، وأمْكَن صِدْقُه، فالقَوْلُ قولُه، وإلَّا فلا. وإن أخَّر نَفْيَه رَجاءَ مَوْتِه، ليُكْفَى أَمْرَ اللِّعانِ، سقَطَ حقُّه مِن النَّفْيِ.

فصل: الحُكْمُ الثالثُ، الفُرْقَةُ، وفيها رِوايَتان؛ إحْداهما، لا تَحْصُلُ حتى يُفَرِّقَ الحاكمُ بَيْنَهما؛ لقَوْلِ ابنِ عَبَّاسٍ، رَضِىَ اللَّهُ عنهما، فى حديثِه: ففَرَّق رسولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهما[4]. وفى حديثِ عُوَيْمِرٍ أنَّه قَذَف امرأتَه[5]، فتَلاعَنَا عندَ رسولِ اللَّهِ ﷺ[6]، فقالَ عُوَيْمِرٌ: كَذَبْتُ عليها يا رسولَ اللَّهِ إن أمْسَكْتُها. فطَلَّقَها ثلاثًا قبلَ أَنْ يأْمُرَه رسولُ اللَّهِ ﷺ. مُتَّفَقٌ عليه[7]. فدَلَّ على أنَّ الفُرْقَةَ لم تَحْصُلْ بمُجَرَّدِ اللِّعانِ. فعلى هذا، إن طَلَّقَها قبلَ التَّفْريقِ، لَحِقَها طَلاقُه، وللحاكمِ أن يُفَرِّقَ بَيْنَهما مِن غيرِ طلَبِ ذلك منه؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ فَرَّق بَيْنَهما مِن غيرِ اسْتِئْذانِهما، وعليه أن يُفَرِّقَ بَيْنَهما؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ فَرَّق بَيْنَهما. الثانيةُ، تَحْصُلُ الفُرْقَةُ بمُجَرَّدِ لِعَانِهما؛ لأنَّه مَعْنًى يقْتَضِى التَّحْرِيمَ المُؤَبَّدَ، فلم يَقِفْ على تَفْرِيقِ الحاكمِ،

---

(١) فى م: «استحقه».

(٢ - ٢) سقط من: الأصل.

(٣) فى م: «كذلك».

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٧.

(٥) فى م: «زوجته».

(٦) بعده فى ف: «ففرق بينهما».

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٨٨ من حديث سهل بن سعد.

كالرَّضاعِ ، ولأنَّ الفُرْقَةَ (1لو وقفتْ1) على تَفْريقِ الحاكمِ ، لَساغ تَرْكُ[2] التَّفْريقِ إذا لم يَرْضَيا به ، كالتَّفْريقِ للعَيْبِ والإعْسارِ ، وتَفْرِيقُ النبيِّ ﷺ بَيْنَهما بمَعْنَى أنَّه أعْلَمهما بحُصُولِ الفُرْقَةِ باللِّعانِ . (3وعلى3) كلْتَا الرِّوايَتَيْن ، ففُرْقَةُ اللِّعانِ فَسْخٌ ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ تُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فكانت فَسْخًا ، كفُرْقَةِ الرَّضاعِ[4] .

فصل : الحُكْمُ الرابعُ ، التَّحْريمُ المُؤَبَّدُ يَثْبُتُ ؛ لِما رَوَى سَهْلُ بنُ سَعْدٍ ، قالَ : مَضَتِ السُّنَّةُ فى المُتَلاعِنَيْنِ أن يُفَرَّقَ بَيْنَهما ، ثم لا يَجْتَمِعان[5] أبدًا . رواه الجُوزْجانِيُّ[6] . ولأنَّه تَحْرِيمٌ لا يَرْتَفِعُ قبلَ الجَلْدِ والتَّكْذِيبِ ، فلم يَرْتَفِعْ بهما ، كتَحْرِيمِ الرَّضاعِ . وقد رَوَى عنه حَنْبَلٌ ، أنه إذا أكْذَبَ[7] نفسَه ، عاد فِراشُه (8كما كان8) . وهذه رِوايةٌ[9] شَذَّ بها عن سائرِ أصْحابِه ، قال أبو بكرٍ : والعَمَلُ على الأوَّلِ .

وإن لَاعَنها فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، أو بعدَ البَيْنُونَةِ لنَفْيِ نَسَبٍ ، ثَبَتَ التَّحْرِيمُ

(1 - 1) فى الأصل : « أوقعت » .

(2) سقط من : الأصل .

(3 - 3) فى الأصل ، ف : « على » ، وفى س ٣: « فعلى » .

(4) فى ف : « الرضاعة » .

(5) فى الأصل ، س ٣: « يجتمعا » .

(6) حديث سهل تقدم تخريجه فى صفحة ٥٨٨.

وهذه الزيادة عند أبي داود ، فى : سننه ١/ ٥٢١. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٤١٠.

(7) فى الأصل : « كذب » .

(8 - 8) سقط من : م .

(9) فى م : « الرواية » .

المُؤَبَّدُ ؛ لأنَّه لِعانٌ صحيحٌ ، فأَثْبَت التَّحْرِيمَ ، كاللِّعانِ فى النِّكاحِ الصحيحِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ التَّحْرِيمُ ؛ لأنَّه لم يَرْفَعْ فِرَاشًا ، فلم يُثْبِتْ [٣٣٦و] تَحْرِيمًا ، كغيرِ اللِّعانِ . ولو لَاعَنها فى نِكاحٍ صحيحٍ وهى أَمَةٌ ، ثم اشْتَراها ، لم تَحِلَّ له ؛ لأنَّه وُجِد ما يُحَرِّمُها على التَّأْبِيدِ ، فلم يَرْتَفِعْ بالشِّراءِ ، كالرَّضاعِ .

فصل : ولا تَثْبُتُ هذه الأَحْكامُ إلَّا بكَمالِ اللِّعانِ ، إلَّا سُقُوطَ الحَدِّ ، وما قامَ مَقامَه ، فإنَّه يَسْقُطُ بمُجَرَّدِ لِعانِه . فإن ماتَ أحدُهما قبلَ كمالِه منهما ، فقد ماتَ على الزَّوْجِيَّةِ ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ لم تَحْصُلْ بكَمالِ اللِّعانِ ، ويَرِثُه صاحِبُه ؛ لذلك[(١)] ، ويَثْبُتُ النَّسَبُ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ ما يُسْقِطُه . فإن كان المَيِّتُ الزَّوْجَ ، فلا شىءَ على المرأةِ . وإن ماتَتِ المرأةُ قبلَ لِعانِ الزَّوْجِ وطَلَبِها بالحَدِّ[(٢)] ، فلا لِعانَ ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يُورَثُ . وإن ماتَتْ بعدَ طَلَبِها ، قامَ وارِثُها مَقامَها فى المُطالَبَةِ ، وله اللِّعانُ لإسْقاطِ الحَدِّ .

فصل : وإن أَكْذَبَ[(٣)] نفسَه بعدَ كَمالِ اللِّعانِ ، لَزِمَه الحَدُّ إن كانت مُحْصَنَةً ، و[(٤)]التَّعْزِيرُ إن كانت غيرَ مُحْصَنَةٍ ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ ؛ لأنَّهما[(٥)] حقٌّ[(٦)] عليه ، فيَلْزَمانِه بإقْرارِه بهما ، ولا يعودُ الفِرَاشُ ، ولا يَرْتَفِعُ التَّحْرِيمُ

---

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) فى س٣، ف : « الحد » .

(٣) فى الأصل ، ف : « كذب » .

(٤) فى الأصل : « أو » .

(٥) فى ف : « لأنها » .

(٦) بعده فى ف : « عليها و » .

المُؤَبَّدُ ؛ لأنَّهما حقٌّ له ، فلا يَعُودَانِ بتَكْذِيبِه .

فصل : فإن لَاعَن الزَّوْجُ ، ونَكَلَتِ المرأةُ عن اللِّعانِ ، فلا حَدَّ عليها ؛ لأنَّ زِنَاها لم يَثْبُتْ ، فإنَّه لو ثَبَت زِناها بلِعانِ[1] الزَّوْجِ ، لم يُسْمَعْ[2] لِعانُها ، كما لو قامَتْ به البَيِّنَةُ ، ولا يَثْبُتُ بنُكُولِها ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يُقْضَى فيه بالنُّكُولِ ، لأنَّه يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، والشُّبْهَةُ مُتَمَكِّنَةٌ منه ، ولكنْ تُحْبَسُ حتى تَلْتَعِنَ أو تُقِرَّ . قالَ أحمدُ : أُجْبِرُها على اللِّعانِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴾[3] . فإذا لم تَشْهَدْ ، [4]وَجَب أن لا[4] يُدْرَأَ عنها العَذَابُ[5] . وعنه ، يُخَلَّى سَبِيلُها . وهو اخْتِيارُ أبي بَكْرٍ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ عليها ما يُوجِبُ الحَدَّ ، فيُخَلَّى سَبِيلُها ، كما لو لم[1] تَكْمُلِ البَيِّنَةُ . وإن صدَّقَتْه فيما قَذَفها به ، لم يَلْزَمْها الحَدُّ حتى تُقِرَّ أرْبَعَ مرّاتٍ ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يَثْبُتُ بدُونِ إقْرارِ أرْبَعِ مرّاتٍ[6] ، عَلَى ما سنَذْكُرُه ، وحُكْمُها حُكْمُ ما لو نَكَلَتْ ، ولا لِعانَ بَيْنَهما ؛ لأنَّ اللِّعانَ إنَّما يكونُ مع إنْكارِها ، ولا يُسْتَحْلَفُ إنْسانٌ على نَفْيِ ما يُقِرُّ به .

---

(١) سقط من : الأصل .

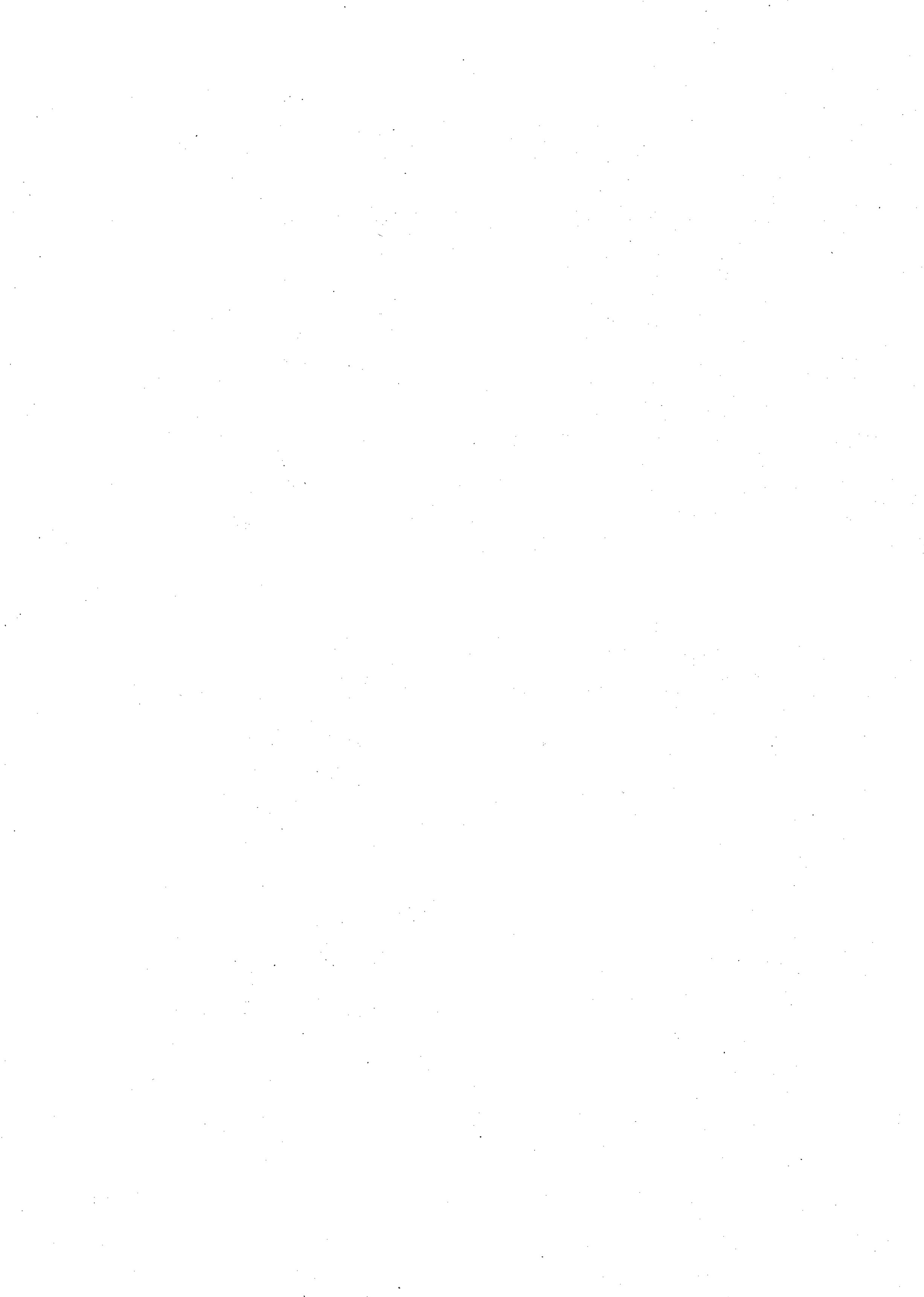
(٢) في ف : « نسمع » .

(٣) سورة النور ٨ .

(٤ - ٤) في الأصل ، س٣: « فوجب أن لا » ، وفي م : « لم » .

(٥) سقط من : م .

(٦) سقط من : س٣، م .



بَابُ مَا يَلْحَقُ مِن النَّسَبِ ومَا لا يَلْحَقُ

إذا تزَوَّج مَن يُولَدُ لِمِثْلِه بامرأةٍ، فأتَتْ بوَلَدٍ لسِتَّةِ أشْهُرٍ فصاعِدًا، بعدَ إمْكانِ اجْتِماعِهِما على الوَطْءِ، لَحِقَه نَسَبُه[1] في الظاهِرِ مِن المَذْهَبِ؛ لقولِ رسولِ اللَّهِ ﷺ: «الوَلَدُ للفِراشِ»[2]. ولأنَّ مع هذه الشُّروطِ يُمْكِنُ كونُه

(1) زيادة من: م .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب تفسير المشبهات ، وباب شراء المملوك من الحربى وهبته وعتقه ، من كتاب البيوع ، وفى : باب دعوى الوصى للميت ، من كتاب الخصومات ، وفى : باب أم الولد ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الموصى : تعاهد ولدى ...، من كتاب الوصايا ، وفى : باب وقال الليث ...، من كتاب المغازى ، وفى : باب الولد للفراش ، وباب من ادعى أخا أو ابن أخ ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب للعاهر الحجر ، من كتاب الحدود ، وفى : باب من قضى له بحق أخيه ...، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٣/ ٧٠، ١٠٦، ١٦١، ٤/ ٤، ٥/ ١٩٢، ٨/ ١٩١، ١٩٤، ٢٠٥، ٩/ ٩٠. ومسلم ، فى : باب الولد للفراش وتوقى الشبهات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/ ١٠٨٠، ١٠٨١. وأبو داود ، فى : باب الولد للفراش ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٨، ٥٢٩. والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الولد للفراش ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٥/ ١٠٢، ١٠٣، ٨/ ٢٧٥، ٢٧٨. والنسائى ، فى : باب إلحاق الولد بالفراش ...، وباب فراش الأمة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٤٨، ١٤٩. وابن ماجه ، فى : باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لا وصية لوارث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ١/ ٦٤٦، ٦٤٧، ٢/ ٩٠٥. والدارمى ، فى : باب الولد للفراش ، من كتاب النكاح ، وفى : باب فى ميراث ولد الزنى ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢/ ١٥٢، ٣٨٩. والإمام مالك ، فى : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٣٩. والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٧، ١٢٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧.

منه ، والنَّسَبُ ممَّا يُحْتَاطُ له ، ولم يُوجَدْ ما يُعارِضُه ، فوَجَب إلْحاقُه به . وإنِ اخْتَلَّ شَرْطٌ ممَّا ذكَرْنا ، لم يلْحَقْ به ، وانْتَفَى مِن غيرِ لِعانٍ ؛ لأنَّ اللِّعانَ يَمِينٌ ، واليَمِينُ جُعِلَتْ لتَحْقيقِ[1] أحَدِ الجائزَيْن[2] ، أو نَفْيِ أحَدِ المُحْتَمِلَيْن ، وما لا يجوزُ لا يحْتاجُ إلى نَفْيِه .

فصل : وأقَلُّ سِنٍّ يُولَدُ لمِثْلِه فى حقِّ الرجلِ عَشْرُ سِنِينَ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ لسَبْعٍ ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرٍ ، وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِى المَضَاجِعِ » . رَواه أبو داودَ[3] . وقالَ القاضِى : تِسْعُ سِنِينَ وأقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ ؛ لأنَّ الجارِيَةَ يُولَدُ لها [٣٣٦ظ] لذلك[4] ، فكذلك الغُلامُ . وقالَ أبو بَكْرٍ : لا يَلْحَقُ به الوَلَدُ حتى يَبْلُغَ . قال ابنُ عَقِيلٍ : هو أصَحُّ ؛ لأنَّ مَن لا يُنْزِلُ الماءَ لا يكونُ منه[5] وَلَدٌ . وهذا ليس بسَدِيدٍ ؛ لأنَّهم إن أرادُوا بالبُلوغِ بُلُوغَ (٦ خَمْسَ عَشْرَةَ ٦) ، فهو باطِلٌ ؛ لأنَّه يُولَدُ له لدُونِ[7] ذلك ، وقد رُوِىَ أنَّه لم

---

(١) فى الأصل : « لتحقق » .

(٢) فى الأصل : « الجائز » .

(٣) فى : باب متى يؤمر الغلام بالصلاة ، من كتاب الصلاة . سنن أبى داود ١/ ١١٥.

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء متى يؤمر الصبى بالصلاة ، من أبواب الصلاة . عارضة الأحوذى ٢/ ١٩٨. والدارمى ، فى : باب متى يؤمر الصبى بالصلاة ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١/ ٣٣٢.

(٤) فى م : « كذلك » .

(٥) فى الأصل : « له » .

(٦ - ٦) فى ف : « خمسة عشر » ، وفى س٣: « خمسة عشرة » .

(٧) فى م : « بغير » .

يكنْ بينَ عَمْرِو بنِ العاصِ وبينَ ابْنِه عبدِ اللَّهِ إلَّا (١ اثْنَتا عَشْرَةَ ١) سنةً ، وإنْ أرادُوا الإنْزالَ (٢ فبِمَ نَعْلَمُه ٢) ؟ فلا بُدَّ مِن ضَبْطِه(٣) بأمْرٍ ظاهِرٍ . وإذا وَلَدَتِ امرأةٌ غُلامٍ(٤) سِنُّه دُونَ ذلك ، لم يَلْحَقْ به .

ومَن كان مَجْبُوبًا مَقْطُوعَ الذَّكَرِ والأُنْثَيَيْنِ ، لم يَلْحَقْ به نَسَبٌ ؛ لأنَّه لا يُنْزِلُ مع قَطْعِهما . وإن قُطِع أحدُهما ، فقال أصْحابُنا : يلْحَقُ به النَّسَبُ ؛ لأنَّه إذا بَقِيَ الذَّكَرُ أَوْلَج فأنْزَل . وإن بَقِيَتِ الأُنْثَيانِ ، ساحَقَ فأَنْزَلَ . والصَّحِيحُ أنَّ مَقْطُوعَ الأُنْثَيَيْن لا يَلْحَقُ به نسَبٌ ؛ لأنَّه لا يُنْزِلُ إلَّا ماءً رَقِيقًا لا يُخْلَقُ(٥) منه وَلَدٌ ، ولا تَنْقَضِي به شَهْوَةٌ ، فأَشْبَهَ مقْطُوعَ الذَّكَرِ والأُنْثَيَيْن .

وإن لم يُمْكِنِ اجْتِماعُ الزَّوْجَيْنِ على الوَطْءِ ، بأن يُطَلِّقَها عَقِيبَ تَزْوِيجِه بها ، أو كان بَيْنَهما مَسافَةٌ لا يُمْكِنُ اجْتِماعُهما(٦) على الوَطْءِ معها ، لم يَلْحَقْ به الوَلَدُ . وإن ولَدَتْ زَوْجَتُه لدُونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن حينَ تزَوَّجها ، لم يَلْحَقْه ولَدُها ؛ لأنَّنا عَلِمْنا أنَّها عَلِقَتْ به قبلَ النِّكاحِ .

فصل : وأقَلُّ مُدَّةِ الحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ؛ لِمَا رُوِىَ أنَّ عُثْمانَ ، رَضِىَ اللَّهُ

(١ - ١) فى الأصل : « اثنا عشر » . وفى ف : « اثنتا عشر » .

(٢ - ٢) فى ف : « فبم يعلم » ، وفى م : « فيما يعلم » .

(٣) فى م : « ضبطها » .

(٤) فى ف : « غلاما » .

(٥) فى الأصل : « يلحق » .

(٦) فى م : « اجتماعها » .

عنه ، أُتِيَ بامرأةٍ ولَدَتْ لسِتَّةِ[1] أشْهُرٍ ، فشاوَر القومَ فى رَجْمِها ، فقالَ ابنُ عَبَّاسٍ : أَنْزلَ اللَّهُ تعالَى : ﴿ وَحَمْلُهُۥ وَفِصَـٰلُهُۥ ثَلَـٰثُونَ شَهْرًا ﴾[2] . وأَنْزلَ : ﴿ وَفِصَـٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾[3] . فالفِصالُ فى عامَيْنِ ، والحملُ فى سِتَّةِ أشْهُرٍ[4] . وذَكَرَ[5] القُتَبِىُّ[6] أنَّ عبدَ المَلِكِ بنَ مَرْوَانَ وُلِدَ لسِتَّةِ أشْهُرٍ[7] . وأكْثَرُها أرْبَعُ سِنِينَ . وعنه ، سَنَتانِ ؛ لِمَا رُوِىَ عن عائشةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنها ، أنَّها قالَتْ : لا تَزِيدُ المرأةُ على سنَتَيْنِ[8] فى الحَمْلِ[9] . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لِمَا روَى الوَلِيدُ بنُ مُسْلِمٍ ، قالَ : قلتُ لمالِكِ بنِ أَنَسٍ : حدِيثُ عائشةَ ، رَضِىَ اللَّه عنها : لا تَزِيدُ المرأةُ على السَّنَتَيْنِ فى الحَمْلِ . قال مالِكٌ : سُبْحانَ اللَّهِ ، مَن يقولُ هذا ! هذه جارَتُنا امْرَأةُ محمدِ بنِ عَجْلَانَ تحْمِلُ أرْبَعَ سِنِينَ[10] . وقالَ أحمدُ : نِساءُ بَنِى عَجْلَانَ يَحْمِلْنَ أرْبَعَ سِنِينَ ، وامْرَأةُ[11]

---

(١) فى النسخ : « لدون ستة » . والمثبت موافق لمصادر التخريج .

(٢) سورة الأحقاف ١٥ .

(٣) سورة لقمان ١٤ .

(٤) أخرج نحوه عبد الرزاق ، فى : باب التى تضع لستة أشهر . المصنف ٧/ ٣٥١، ٣٥٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تلد لستة أشهر . سنن سعيد بن منصور ٢/ ٦٦ .

(٥) بعده فى الأصل ، م : « ابن » .

(٦) فى الأصل ، ف : « القتيبى » .

(٧) انظر المعارف لابن قتيبة ٥٩٥ ، وفيه : « عبد اللَّه بن مروان » خطأ .

(٨) فى الأصل : « السنتين » .

(٩) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : سننه ٢/ ٦٧ . والدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٣٢٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٤٤٣ .

(١٠) أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٣٢٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٤٤٣ .

(١١) بعده فى ف : « محمد بن » .

عَجْلَانَ حمَلَتْ ثلاثَةَ بُطُونٍ ؛ كلَّ دَفْعَةٍ أَرْبَعَ سِنِينَ . وغالِبُ الحَمْلِ تِسْعَةُ أشْهُرٍ ؛ لأنَّه كذلكَ يَقَعُ غالبًا .

وإذا أتَتِ المرأةُ بوَلَدٍ بعدَ فِراقِها لزَوْجِها - بمَوْتٍ أو طلاقٍ بائنٍ - بأربعِ سِنينَ ، لم يَلْحَقْ به ، وانْتَفَى عنه بغيرِ لِعانٍ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ به بعدَ زَوالِ الفِرَاشِ ، وإن كان الطلاقُ رَجْعِيًّا ، فوَضَعَتْه لأرْبَعِ سِنينَ منذُ انْقَضَتْ عِدَّتُها ، فكذلك ؛ لذلك . وإن كان لأَكْثَرَ مِن أرْبَعِ سِنين مِن حينِ الطلاقِ ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، لا يَلْحَقُه[1] ؛ لأنَّها عَلِقَتْ به بعدَ طلاقِه[2] ، أشْبَهَتِ البائنَ . والثانيةُ ، يَلْحَقُه ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ ، فأَشْبَهَتْ ما قبلَ الطلاقِ . وإن وضَعَتْه لأقَلَّ مِن أرْبَعِ سِنِينَ قبلَ الحُكْمِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها ، لَحِق به ؛ لأنَّه أمْكَن إلْحاقُه به ، والنَّسَبُ ممَّا يُحْتَاطُ لإِثْباتِه .

وإن بانَتْ زَوْجَتُه منه فوَضَعَتْ ولَدًا ، ثم وضَعَتْ آخَرَ ، بَيْنَهما أقَلُّ مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ ، لَحِق به ؛ لأنَّهما حَمْلٌ واحِدٌ . وإن أتَتْ به لسِتَّةِ أشْهُرٍ فصاعِدًا ، لم يَلْحَقْ به ؛ لأنَّه حَمْلٌ ثانٍ ، إذ لا يُمْكِنُ أن يكونا حَمْلًا واحدًا بَيْنَهما مُدَّةُ الحَمْلِ ، فيُعْلَمُ أنَّها عَلِقَتْ به بعدَ زَوالِ [٣٣٧و] الزَّوْجِيَّةِ .

وإنِ اعْتَدَّتْ بالأَقْراءِ ، ثم أتَتْ بوَلَدٍ لدونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ ، لَحِق به ، لعِلْمِنا أنَّها[3] حمَلَتْه فى الزَّوْجِيَّةِ ، والدَّمُ دَمُ فَسادٍ رأَتْه فى حالِ[4] حَمْلِها . وإن

---

(١) فى م : « يلحق به » .

(٢) فى ف : « طلاقها » .

(٣) فى الأصل : « أنه » .

(٤) سقط من : م .

كانَ أكْثَرَ[1] مِن سِتَّةِ أشْهُرٍ [2]بعدَ قضاءِ عِدَّتِها[2]، لم يَلْحَقْ به ؛ لأنَّنا حكَمْنا بانْقِضاءِ عِدَّتِها ، فلا تَنْقُضُها بالاحْتِمالِ . [3]هذا قولُ أصْحابِنا[3] .

فصل : وإذا تزَوَّجَتِ المرأةُ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، ثم وَلَدتْ بعدَ سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ تزَوَّجَها الثانِي ، فهو وَلَدُه فى الحُكْمِ لا يَنْتَفِى عنه إلَّا باللِّعانِ ، وإن وَلَدَتْ لدونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ منذُ[4] تزَوَّجَها الثانِى ، لم يَلْحَقْ به ، ولا بالأَوَّلِ ، وانْتَفَى عنهما بغيرِ لِعانٍ . وإن تزَوَّجَتْ فى عِدَّتِها ، ووَلَدَتْ لدونِ سِتَّةِ أشْهُرٍ مِن نِكاحِ الثانِى ، فهو وَلَدُ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه أمْكَن أن يكونَ منه ، ولم يُمْكِنْ إلْحاقُه بالثانى . وإن أتَتْ به لسِتَّةِ أشهرٍ فصاعِدًا ، فهذا يَحْتَمِلُ[5] أن يكونَ منهما ، فيُرَى القَافَةَ معهما ، فيلْحَقُ بمَن ألْحَقُوه به منهما ؛ فإن ألْحَقَتْه بالأَوَّلِ ، انْتَفَى عن الثانى بغيرِ لِعانٍ ؛ [6]لأنَّ نِكاحَه[6] فاسِدٌ ، وإن ألْحَقَتْه بالثانِى ، لَحِق . وهل له نَفْيُه باللِّعانِ ؟ على رِوايتَيْن ؛ إحْداهما ، له ذلك . والأُخْرَى ، لا يَنْتَفِى عنه بحالٍ . وإن لم تُوجَدْ قَافَةٌ ، أو أشْكَلَ أمْرُه ، ففيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ فيَنْتَسِبَ إلى مَن شاء منهما . والأُخْرَى ، يضيعُ نسَبُه .

فصل : إذا أتَتْ زَوْجَتُه بوَلَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منه ، فقالَتْ : هذا وَلَدِى

---

(١) فى م : « لأكثر » .

(٢ - ٢) فى م : « فصاعدا » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل ، س٣.

(٤) بعده فى الأصل : « انقضت عدتها ولدون ستة أشهر منذ » .

(٥) فى ف : « محتمل » .

(٦ - ٦) فى ف : « لأنه نكاح » .

منكَ . فقال : ليس هذا [(١] وَلَدِى منكِ [١)] ، بل اسْتَعَرْتِيه ، أو : الْتَقَطْتِيه . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، القولُ قولُها ؛ لأنَّه خارِجٌ تَنْقَضِى به العِدَّةُ ، فالقولُ قولُها فيه ، كالحَيْضِ . والثانى ، القولُ قولُه ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُها إلَّا ببَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ الوِلادَةَ يُمْكِنُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليها ، و[(٢)] الأصْلُ عدَمُها ، فكانَتِ البَيِّنَةُ على مُدَّعِيها ، ويَكْفِى فى ذلك امرأةٌ عَدْلَةٌ ، وإذا ثبَتَتْ وِلادَتُها ، لَحِق نسَبُه به ؛ لأنَّه وُلِد على فِراشِه . وإن كان خِلافُهما فى انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فالقَوْلُ قولُها فى انْقِضائِها بغيرِ بَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ المَرْجِعَ إليها فيها . وإن قال : هو مِن زَوْجٍ قَبْلِى . ولم يكنْ لها قبلَه زَوْجٌ ، أو كان ولم يُمْكِنْ إلْحاقُه به ، لَحِقَه ، ولم يُلْتَفَتْ إلى قَوْلِه . وإن قال : هو مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ . أو قال : لم تَزْنِ ، ولكنْ ليس هذا الوَلَدُ منِّى . فقال الخِرَقِىُّ : هو وَلَدُه فى الحُكْمِ ، ولا حَدَّ عليه لها ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ولا لِعانَ بَيْنَهما ؛ لأنَّ مِن شَرْطِه القَذْفَ ، ولم يَقْذِفْها . وقال أبو الخَطَّابِ : هل له أن يُلاعِنَ لنَفْيِ الوَلدِ ؟ على رِوايتَيْن ؛ إحداهما ، لا يُلاعِنُ ؛ لذلك[(٣)] . والثانيةُ ، له أن يُلاعِنَ ؛ لأنَّه يَحْتاجُ إلى نَفْيِ النَّسَبِ الفاسِدِ ، فشُرِعَ ، كما لو قذَفَها .

فصل : ومَن ولدَتْ زَوْجَتُه بعدَ وَطْئِه لها بسِتَّةِ أشهرٍ مِن غيرِ مُشارَكَةِ غيرِه له فى وَطْئِها ، لَحِقه نسَبُ ولَدِها ، ولم يَحِلَّ له نَفْيُه ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ قالَ حينَ نزَلَتْ آيَةُ المُلاعَنَةِ :

(١ - ١) فى ف : « ولدك » ، وفى س٣: « ولدى » .

(٢) فى ف : « لأن » .

(٣) فى م : « كذلك » .

« أَيُّما رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، احْتَجَبَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الأَوَّلِينَ والآخِرِينَ » . أخْرَجه أبو داودَ[1] . وإن عَلِم أنَّه مِن غيرِه ، بأن[2] يراها تَزْنِى فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه ، فاجْتَنَبَها حتى ولَدَتْ ، لَزِمه قَذْفُها ، و[3] نَفْىُ وَلَدِها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قالَ فى الحديثِ : « وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، فلَيْسَتْ مِن اللَّهِ فِى شَىْءٍ ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ »[4] . فلمَّا حَرَّم عليها أن تُدْخِلَ [٣٣٧ظ] عليهم نَسَبًا ليس منهم ، دَلَّ على أنَّ الرجلَ مثلُها[5] ، ولأنَّه إذا لم يَنْفِه ، زاحَم وَلَدُه فى حُقُوقِهم ، ونَظَر إلى حَرَمِه[6] ، بحُكْمِ أنَّه مَحْرَمٌ لَهُنَّ . وإن لم يَرَها تَزْنِي ، لكنْ عَلِم أنَّ الوَلَدَ مِن غيرِه ؛ لكونِه لم يُصِبْها ، لَزِمه نَفْىُ ولَدِها ؛ لذلك[7] . وليس له قَذْفُها ؛ لاحْتِمالِ أن تكونَ مُكْرَهَةً ، أو مَوْطُوءَةً بشُبْهَةٍ . وإن كان يطَؤُها ويَعْزِلُ ، لم يكنْ له نَفْىُ ولَدِها ؛ لِمَا روَى أبو سعيدٍ الخُدْرِىُّ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قال : قالوا لرسولِ[8] اللَّهِ : إنَّا نُصِيبُ [9]النِّسَاءَ ونُحِبُّ الأَثْمَانَ ، أفنَعْزِلُ[9]

---

(١) فى ، باب التغليظ فى الانتفاء ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٥.
كما أخرجه النسائى ، فى : باب التغليظ فى الانتفاء من الولد ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٤٧.

(٢) فى م : « مثل أن » .

(٣) فى م : « أو » .

(٤) هو طرف الحديث المتقدم .

(٥) فى الأصل ، س ٣، م : « مثله » .

(٦) فى ف : « حريمه » .

(٧) فى م : « كذلك » .

(٨) فى ف : « يا رسول » .

(٩ - ٩) فى م : « الإماء فنعزل » .

عَنْهُنَّ ، فقال : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ خَلَقَها »[1] . ولأنَّه قد يَسْبِقُ مِن الماءِ ما لَا يُحِسُّ به ، فتَعْلَقُ به[2] . وإن كان يُجامِعُها دونَ الفَرْجِ ، أو فى الدُّبُرِ ، فقال أصْحابُنا : ليس له نَفْيُه ؛ لأنَّه قد يَسْبِقُ مِن الماءِ إلى الفَرْجِ ما لا يُحِسُّ[3] به .

فصل : وإن ولَدَتِ امرأتُه غُلامًا أسْوَدَ وهما أبْيَضان ، أو أبْيَضَ وهما أسْوَدانِ ، لم يَجُزْ له نَفْيُه . ذكَرَه ابنُ حامِدٍ ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللَّهُ عنه ، قالَ : جاء رجلٌ إلى النبىِّ ﷺ فقال : إنَّ امْرَأتِى جاءَتْ بوَلَدٍ أسْوَدَ . يُعَرِّضُ بِنَفْيِه ، فقال النبىُّ ﷺ : « هَلْ لَكَ مِن إِبِلٍ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَمَا أَلْوَانُهَا ؟ » . قالَ : حُمْرٌ . قالَ : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقَ ؟ » . قالَ : إنَّ فيها لوُرْقًا[4] . قال : « فَأَنَّى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » . قال : عسى أن يكونَ نَزَعَه عِرْقٌ . قال : « وهَذَا عَسَى أَن يَكُونَ نَزَعَهُ عِرْقٌ[5] » . قال : ولم يُرَخِّصْ له فى الانْتِفاءِ منه . مُتَّفَقٌ عليه[6] . ولأنَّ دَلالَةَ وِلادَتِه على فِرَاشِه قَوِيَّةٌ ، ودَلالَةَ

---

(١) انظر ما تقدم تخريجه من حديثه فى صفحة ٣٨٣.

(٢) فى م : « منه » .

(٣) فى م : « تحس » ، وغير منقوطة فى : الأصل ، س ٣.

(٤) فى م : « أورقا » .

(٥) بعده فى س ٣: « فيه » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب من شبه أصلا معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٩/ ١٢٥. ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢/ ١١٣٧.

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا شك فى الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/ ٥٢٥. والنسائى ، فى : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/ ١٤٦، ١٤٧. والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٣٩، ٤٠٩.

الشَّبَهِ[1] ضَعِيفَةٌ ، فلا يجوزُ مُعارَضَةُ القَوِىِّ بالضَّعِيفِ ، ولذلك لمَّا اخْتَلَف عَبْدُ بنُ زَمْعَةَ وسَعْدُ بنُ أبى وَقَّاصٍ فى [2]ابنِ أمةِ زَمْعَةَ[2] ، [3]وقال عبدٌ : أخى وُلِد على فِراشِ أبى . فقال سعدٌ : ابنُ أخى عَهِد إلىَّ فيه أخى[3] . ورأَى النبىُّ ﷺ به[4] شَبَهًا بَيِّنًا بعتبةَ[5] ، فقالَ : « الوَلَدُ للفِرَاشِ ، وللعَاهِرِ الحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عليه[6] . فاعْتَبَرَ الفِرَاشَ دُونَ الشَّبَهِ . وقالَ القاضِى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ له نَفْيَه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ فى امرأةِ هِلَالٍ : « انْظُرُوها[7] ؛ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ[8] [9]جَعْدًا جُمَالِيًّا[10] خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ[11] سَابِغَ الأَلْيَتَيْنِ[9] ، فَهُوَ لِشَرِيكٍ »[12] . فجاءَتْ به على النَّعْتِ المَكْرُوهِ ، فقالَ النبىُّ ﷺ : « لَوْلَا الأَيْمَانُ ، لَكَانَ لِى وَلَها شَأْنٌ » . أخْرجَه أبو داودَ[13] .

---

(1) فى م : « الشبهة » .
(2 - 2) فى م : « غلام » .
(3 - 3) فى م : « فقال سعد : هذا يا رسول اللّٰه ابن أخى عتبة بن أبى وقاص، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول اللّٰه ، ولد على فراش أبى من وليدته » .
(4) فى م : « فيه » .
(5) فى م : « لعتبة » .
(6) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٠١.
(7) فى م : « أبصروها » .
(8) فى م : « أبيض سبطا ، قضىء العينين » .
(9 - 9) فى م : « فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به أكحل جعدًا ، أحمش الساقين » .
(10) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجمل .
(11) خدلج الساقين : ممتلؤهما .
(12) بعده فى م : « رواه أحمد ، ومسلم » .
(13) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٨٣ من حديث ابن عباس.

فجعَلَ الشَّبَهَ[1] دليلًا على نَفْيِه عن[2] الزَّوْجِ[3] .

فصل : وإن رَآها تَزْنِى ، ولم يكنْ لها[4] نَسَبٌ يلْحَقُه ، فله قَذْفُها ؛ لأنَّ هِلَالًا وعُوَيْمِرًا قذَفَا زَوْجَتَيْهِما قبلَ أن يكونَ ثَمَّ نسَبٌ يُنْفَى . وله أن يسْكُتَ ؛ لأنَّه لا نسَبَ فيه يَنْفِيه ، وفِراقُها مُمْكِنٌ[5] بالطلاقِ ، فيَسْتَغْنِى عن اللِّعانِ . وإن أقَرَّتْ عندَه بالزِّنَى ، فوَقَع فى نفسِه صدْقُها ، أو[6] أخْبَرَه بذلك ثِقَةٌ ، أو[6] اسْتَفاضَ فى الناسِ أنَّ رجلًا يَزْنِى بها ، ثم رأَى الرجلَ يخْرُجُ مِن عندِها فى أوْقاتِ الرِّيَبِ ، فله قَذْفُها ؛ لأنَّ الظاهِرَ زِنَاها ، وإن لم يَرَ شيئًا ، ولا اسْتَفاضَ ، سِوَى أنَّه رأَى رجلًا يخْرُجُ مِن عندِها مِن غيرِ اسْتِفاضَةٍ ، لم يكنْ له قَذْفُها ؛ لأنَّه يجوزُ[7] أن يكونَ دَخَل هارِبًا ، أو سارِقًا ، أو ليُرَاوِدَها عن نفسِها ، فمنَعَتْه ، فلم يَجُزْ قَذْفُها بالشَّكِّ . وإنِ اسْتَفاضَ ذلك ، ولم يَرَه يَدْخُلُ إليها ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يجوزُ قَذْفُها ؛ لأنَّ الاسْتِفاضَةَ أقْوَى مِن خَبَرِ الثِّقَةِ . [٣٣٨و] والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّ[8] عَدُوًّا أشاع ذلك عنها .

---

(١) فى م : « الشبهة » .
(٢) فى الأصل : « على » .
(٣) فى ف : « الزوجية » .
(٤) سقط من : الأصل ، س ٣.
(٥) فى ف : « يمكن » .
(٦) فى الأصل : « و » .
(٧) فى ف : « يمكن » .
(٨) بعده فى ف : « يكون » .

فصل : ومَن مَلَكَ أمَةً ، لم تَصِرْ فِرَاشًا بنَفْسِ المِلْكِ ؛ لأنَّه قد يَقْصِدُ بمِلْكِها التَّمَوُّلَ ، أو[1] التَّجَمُّلَ ، أو التِّجارَةَ ، أو الخِدْمَةَ ، فلم يتَعَيَّنْ لإِرادَةِ الوَطْءِ ، فإن أتَتْ بوَلَدٍ ولم يَعْتَرِفْ به ، لم يَلْحَقْه نسَبُه ؛ لأنَّه لم يُولَدْ على فِرَاشِه ، فإذا وَطِئَها ، صارَتْ فِراشًا له ، فإذا أتَتْ بوَلَدٍ لمُدَّةِ الحَمْلِ مِن[2] يومِ الوَطْءِ ، لَحِقَه نَسَبُه[3] ؛ لأنَّ سَعْدًا نازَعَ عَبْدَ بنَ زَمْعَةَ فى ابْنِ وَلِيدَةِ[4] زَمْعَةَ فقالَ عَبْدُ بنُ زَمْعَةَ : هو أخى وابنُ وَليدَةِ أبِى ، وُلِدَ[5] على فِراشِه . فقالَ رسولُ اللَّهِ ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بنَ زَمْعَةَ ، الوَلَدُ للفِرَاشِ ، وللعَاهِرِ الحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عليه[6] . فإنِ ادَّعَى أنَّه كانَ يَعْزِلُ عنها ، لم يَنْتَفِ عنه الوَلَدُ[7] بذلك ؛ لِما ذكَرْنا فى الزَّوْجَةِ . وقد رُوِىَ عن عُمَرَ ، رضِىَ اللَّهُ عنه ، أنَّه قالَ : ما بالُ رِجَالٍ[8] يَطَئُونَ وَلَائِدَهم ، ثم يَعْزِلُونَهُنَّ ، لا تَأْتِينى وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سيِّدُها أنَّه أَلَمَّ بها إلَّا أَلْحَقْتُ به ولَدَها ، فاعْزِلُوا بعدَ ذلك أو اتْرُكُوا[9] . وإنِ اعْتَرف بوَطْئِها دونَ الفَرْجِ ، فقالَ أصْحابُنا : يَلْحَقُه[10]

---

(1) فى الأصل : « و » .

(2) بعده فى م : « حين » .

(3) زيادة من : الأصل .

(4) بعده فى الأصل : « ابن » .

(5) سقط من : الأصل .

(6) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٠١.

(7) سقط من : م .

(8) فى م : « قوم » .

(9) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى أمهات الأولاد ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/ ٧٤٢. وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/ ١٣٢. والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٤١٣.

(10) بعده فى م : « نسب » .

ولَدُها ؛ لأنَّ الماءَ قد يَسْبِقُ إلى الفَرْجِ مِن حيث لا يَعْلَمُ . وإنِ انْتَفَى مِن ولَدِها بعدَ اعْتِرافِه بوَطْئِها ، لم يُلاعِنْ ؛ لأنَّ اللِّعانَ لا يكونُ إلَّا بينَ الزَّوْجَيْن ، ولا يَنْتَفِي عنه ، إلَّا أن يَدَّعِيَ أنَّه اسْتَبْرَأَها بعدَ وَطْئِه لها ، فإنِ ادَّعَى ذلك ، فالقَوْلُ قولُه ، ويَنْتَفِي ولَدُها عنه ، ويقومُ ذلك مَقامَ اللِّعانِ في نَفْيِ الوَلَدِ .



فهـــرس
الجزء الرابع من الكـافى

الصفحة

كتاب الوصايا

كتاب الفرائض

كتاب العتق

كتاب النكاح

كتاب الصداق

كتاب الخلع

كتاب الطلاق

كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الظهار

كتاب اللعان

آخر الجزء الرابع

ويليه الجزء الخامس: وأوله:

كتاب العدد

والحمْدُ للّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٧/٧٥١٨ م

I . S . B . N . 977 - 256 - 154 - 9

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة